



FACULTAD DE DERECHO

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

TRABAJO FIN DE MASTER

La modificación de los Contratos del Sector Público desde la
perspectiva de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública y el
proyecto de Ley de Contratos Del Sector Público

The modification of public procurement contracts from the perspective
of the Directive 2014/24/UE and the public procurement draft law

Autor: Roxana Mihaela Moldovan

Tutor: Jesús del Olmo Alonso

Febrero 2017

FACULTAD DE DERECHO
MASTER ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO

TRABAJO FIN DE MASTER

“La modificación de los Contratos del Sector Público desde la perspectiva de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública y el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”

Autor: Roxana Mihaela Moldovan

Tutor: Jesús del Olmo Alonso

Calificación:

Fecha:

El presente trabajo se ha realizado durante el Master Acceso a la Profesión de Abogado, como requisito de la asignatura Trabajo Fin de Master. El trabajo se ha realizado en colaboración con el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Alcalá de Henares y ha sido supervisado dentro del Área de Derecho Administrativo por el Profesor Don Jesús del Olmo Alonso

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. INTRODUCCIÓN | 6 |
| II. LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA | 10 |
| 1. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación..... | 17 |
| 2. Modificaciones no previstas en la documentación de la licitación..... | 20 |
| III. LA REGULACIÓN EN LA NUEVA DIRECTIVA DE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS: LAS MODIFICACIONES DEL OBJETO | 27 |
| IV. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA..... | 35 |
| 1. Consecuencias prácticas derivadas de la falta de transposición de las directivas por el estado español..... | 36 |
| 2. Una aproximación a la futura Ley de Contratos del Sector Público: las principales novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público | 47 |
| 3. La modificación de los contratos del sector público en el Anteproyecto y el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público..... | 53 |
| V. CONCLUSIONES | 68 |
| VI. INDICE JURISPRUDENCIAL..... | 71 |
| VII. BIBLIOGRAFÍA | 73 |

ABREVIATURAS

| | |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ALCSP | Anteproyecto Ley de Contratos del Sector Público |
| LSCP | Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) |
| RD | Real Decreto |
| RDL | Real Decreto Legislativo |
| RD-ley | Real Decreto-ley |
| SARA | Sujetos a regulación armonizada |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TS | Tribunal Supremo |
| UE | Unión Europea |

RESUMEN:

Este trabajo analiza el régimen de modificación de los contratos del sector público desde la perspectiva de la actual legislación y de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública y realiza una comparativa entre el anteproyecto y proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público para determinar su adecuación a la normativa europea en la materia.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública, régimen de modificación de los contratos, Directiva contratación pública, anteproyecto de Ley, proyecto de Ley, transposición, efecto directo, Dictamen Consejo de Estado.

ABSTRACT:

This paper analyzes the modification of public procurement contracts from the perspective of the current legislation and the new Directive 2014/24/UE on public procurement and makes an comparative chart between preliminary draft law and draft law on public procurement with the propose to establish their adjustment according to the european regulation.

KEY WORDS: Public procurement, modification of public procurement contracts, Directive on public procurement, preliminary draft law, draft law on public procurement, transposition, direct effect, Council of State decision.

I. INTRODUCCIÓN

En pleno siglo XXI caracterizado por una globalización económica y una competencia sobre modelos diversos de productividad, la estrategia sobre cómo llevar a cabo las adquisiciones públicas, se presenta como el principal elemento diferenciador en la propia configuración del modelo económico y social. Debido a ello, las instituciones europeas han marcado como uno de sus principales objetivos en relación con las compras

públicas, la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior comunitario, basado en los principios fundamentales consagrados en el Derecho originario de la Unión Europea de igualdad de trato, convocatoria de licitaciones transparente y no discriminatoria y lucha contra el fraude y la corrupción¹. Es en el ámbito de la contratación pública donde se realiza el principal análisis y reflexión sobre la función y el efecto de la transparencia y de la igualdad de trato, puesto que el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior y desarrollo de la actividad económica transfronteriza².

Según los últimos estudios publicados por la Comisión Europea la compra de bienes, obras y servicios públicos por parte del sector público supone cerca del 20% del Producto Interior Bruto de la Unión Europea³ y el 18,5% del PIB en España⁴. En efecto, la importancia económica de la contratación es quizás uno de los principales motivos que explica por sí la modificación de la normativa europea de contratos públicos, enfocada según, hemos manifestado anteriormente, a construir el mercado interior y consolidar un modelo de relaciones contractuales orientadas a lograr la máxima eficiencia de los fondos públicos.

El alcance de los objetivos en materia de contratación pública se enmarca dentro de un largo proceso de evolución iniciado en el año 1971, que ha culminado con la publicación el Diario Oficial de la Unión Europea de 28 marzo de 2014, de las nuevas Directivas de contratos públicos, hecho que nos sitúa nuevamente ante un escenario de cambios legislativos en la materia⁵. En consecuencia, tras la aprobación de estas nuevas

¹ MORENO MOLINA, J. A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, 2014, p. 16.

² GIMENO FELIU, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 15.

³ Es un dato extraído del Documento de Trabajo de la Comisión Europea Single Market Scoreboard Performance per policy area Public procurement, elaborado con información correspondiente al año 2013. Consúltase p. 2 documento en http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/_docs/2014/07/public-procurement/2014-07-scoreboard-public-procurement_en.pdf

⁴ Es un dato extraído de la página web del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/>

⁵ Se trata de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de obras de concesión; de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. La aprobación de las nuevas Directivas en materia de contratación deroga las Directivas 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores

directivas, el marco normativo de la contratación pública en el Derecho de la UE quedará integrado, además de por las mismas, por la Directiva 2009/81, que establece normas específicas para la contratación en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la Directiva 89/665/CEE con sus modificaciones a través de la Directiva 2007/66, que establece normas comunes para los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

Se trata de las Directivas “de cuarta generación”, que vienen a superar, como señala J.M. GIMENO FELIU, la lógica “armonizadora” de sus predecesoras y optan por simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia, tratando de lograr que se adapten mejor a la evolución del contexto político, económico y social. Los nuevos textos normativos, introducen importantes novedades, que sustituyen a las Directivas aprobadas en 2004 y los Estados miembros tenían marcado como plazo para la trasposición de los mismos a más tardar abril de 2016⁶. Sin embargo, el tiempo ha transcurrido y esa fecha sobre la cual tanto se ha escrito y hablado los últimos meses, llegó y el Estado español ha vuelto a incumplir con sus obligaciones de adaptación de la normativa al Derecho de contratación pública de la Unión Europea, como ya había hecho en anterior ocasión. No obstante, debemos advertir que una vez cumplido el plazo de trasposición de las Directivas de cuarta generación, muy pocos países han adoptado normas internas para incorporar el nuevo Derecho de la Unión Europea. De acuerdo con los datos facilitados por la propia Unión, las nuevas Directivas sólo han sido incorporadas al ordenamiento interno por Reino Unido, Dinamarca, Portugal y Francia.

El objeto del presente trabajo es analizar la regulación actual del régimen de modificación de los contratos públicos, así como la regulación prevista en la Directiva 2014/24/UE, además de la propuesta del Anteproyecto de LCSP, el Dictamen del Consejo de Estado y el reciente Proyecto de Ley aprobado en este ámbito, que igual que el resto de materias sobre contratación pública, la modificación de los contratos públicos también ha estado inmersa en un proceso evolutivo hasta llegar a los conceptos manejados

del agua, de la energía de los transportes y de los servicios postales; y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios.

⁶ El Estado Español optó por realizar la transposición mediante la aprobación de una nueva ley de contratos del sector público cuyo Anteproyecto fue sometido a informe del Consejo de Estado que lo ha emitido con fecha 10 de marzo de 2016 (Dictamen 1116/2015).

actualmente. Y habida cuenta que el plazo de trasposición del que disponían los Estados miembros de la Unión ha finalizado, sin que la misma se haya llevado a cabo en la mayoría de los casos, así mismo examinaremos las consecuencias prácticas que ha determinado dicha falta de transposición de las Directivas por el Estado Español.

Realizar un estudio sobre el conjunto de la normativa de contratación pública sería quizás un proyecto demasiado ambicioso teniendo en cuenta las características del presente trabajo. Por ello, como ya hemos manifestado, la atención del presente estudio se centrará en el régimen modificación de los contratos integrado en la fase de ejecución, precisamente por constituir algunas de las piedras angulares de la contratación, pues se trata de una de las materias donde mejor reflejo encuentra la aplicación de los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y lucha contra el fraude y la corrupción. Expuesto el tema central del presente estudio, vamos a pasar al desarrollo de los puntos mencionados anteriormente.

II. LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS. LA REGULACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una de las principales características de la contratación administrativa es sin duda alguna, la existencia de una serie de prerrogativas en mano de la Administración, que se justifican en la necesidad de satisfacer el interés público al que sirve, también, su actividad contractual. Este régimen de autotutela administrativa se refleja en prerrogativas como la interpretación unilateral, la modificación de su objeto y la resolución del contrato⁷.

Entre las distintas prerrogativas de la Administración, interesa especialmente destacar la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*. No obstante, el examen del tratamiento de la modificación contractual recogida en el todavía vigente TRLCSP e introducida por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, ha de ir precedido de un somero análisis de la evolución el Derecho español en la materia.

La posibilidad de modificar los contratos administrativos por parte de la Administración estaba reconocida en los artículos 18 y 48 de la Ley de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, dentro de los límites establecidos en la propia ley y su reglamento. La ley no señalaba límite alguno en cuanto al alcance objetivo de la modificación. Lo único que requería era que se hiciera por razones de interés público y que mediara la anuencia del contratista cuando se rebasara, en más o en menos, determinado porcentaje del precio inicial, que se fijaba en el 20%.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos. En tal sentido, el artículo 102.1 preveía que, “*una vez perfeccionado el contrato, el*

⁷ MESTRE DELGADO, J.F., “El Derecho de la contratación pública en España”, en la obra colectiva dirigida por SÁNCHEZ MORON, M. y coordinada por DEL OLMO ALONSO, J., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova-Universidad de Alcalá, Valladolid, 2011, p. 331 y ss. Obra colectiva disponible en inglés *Public Procurement in the European Union and its member States*, Lex Nova-Universidad de Alcalá, Pamplona, 2012. pp. 331-332.

órgano de contratación podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”. También el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, -de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada en vigor el 22 de junio de 2000-, reconoció entre las prerrogativas de la Administración la de modificar los contratos, por razón de interés público, siempre que la modificación viniera precisada por necesidades nuevas o causas imprevistas (artículos 59 y 101). Con arreglo a estas normas citadas, la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración siempre que no comportara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato.

Con ocasión de la interpretación de los preceptos de las disposiciones legales citadas, se conformó una perfilada doctrina que reconocía a la Administración la facultad de modificación contractual como una prerrogativa singular y privilegiada⁸. Exigía primordialmente la concurrencia de un interés público en cuya apreciación la Administración tenía un amplio margen de discrecionalidad. La potestad de modificación de los contratos tenía ciertos límites: unos, formales, requerían el consentimiento del contratista cuando superaba el 20% de la cuantía del contrato y, eventualmente, la intervención del órgano consultivo correspondiente y, otros, materiales. Estos fueron establecidos por la doctrina administrativa, que afirmó que el límite del *ius variandi* estaba en aquellos casos en los que la modificación era de tal magnitud que implicaba un nuevo contrato⁹ o comportaba en realidad un contrato distinto o un proyecto nuevo¹⁰. La concurrencia de “*necesidades nuevas o causas imprevistas*” no precisaba que estas fueran inherentes al contrato, sino que podían ser externas a él, debidas a acontecimientos extraños a la relación contractual. Y, respecto del interés público, se consideró que cabía apreciarlo cuando la modificación comportaba alguna ventaja o concurría alguna necesidad para la Administración pública.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 202, dispuso que, “*una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo*

⁸ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.598/2002, de 31 de octubre.

⁹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 50.461, de 12 de noviembre de 1987.

¹⁰ Dictámenes del Consejo de Estado núm. 51.698, de 25 de febrero de 1998 y 4.350/97, de 6 de noviembre

podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”. Esta regulación supuso una acotación de los supuestos en los que podía hacerse uso del *ius variandi*, toda vez que:

- Primero, en el plano de las exigencias materiales que habilitaban la modificación, además de la concurrencia del interés público, era necesaria la atención de causas imprevistas, cuya necesidad debía estar justificada en el expediente. La aparición de “*necesidades nuevas*” ya no ofrecía sustento a la reforma por la Administración de los términos pactados.

- Segundo, quedaba vedado que la modificación contractual afectase a las condiciones esenciales del contrato. Aun cuando, en aras del principio de igualdad y concurrencia entre licitadores, este límite material al ejercicio del *ius variandi* ya estaba presente en la doctrina del Consejo de Estado, su plasmación legal estaba llamada a contribuir a la observancia de tales principios.

- Y, tercero, en el plano formal, se exigía que la posibilidad de que el contrato fuera modificado se recogiera en los pliegos y en el documento contractual.

Sobre este régimen tuvo un impacto decisivo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que estableció una regulación mucho más rigurosa y estricta que la anterior. Como se ponía de manifiesto en el Dictamen núm. 215/2010, de 18 de marzo, sobre el anteproyecto de dicha ley, tal cambio de enfoque guardaba “conexión con el dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como está regulado en la Ley de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios”. Conforme a esta regulación, son dos los supuestos en los que se admite la modificación contractual, cuyo régimen se

aplica a todos los contratos del sector público y no solamente a los contratos administrativos, como en la normativa anterior.

Por una parte, cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación. Para la operatividad de esta modificación, no basta con que se haya advertido expresamente en alguno de tales documentos, sino que es preciso, además, que se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, así como el alcance y límites de los cambios contractuales, con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y los aspectos procedimentales.

Por otra parte, cuando, no estando la modificación prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación, esté justificada por una serie de causas tasadas, no altere las condiciones esenciales de la licitación y no exceda el 10% del precio de adjudicación.

La regulación recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se incorporó posteriormente, de manera íntegra, al vigente TRLCSP.

Analizaremos pues, a lo largo del presente capítulo, el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos contenido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su regulación dada por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, haciendo en primer lugar una breve referencia a la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, *Comisión contra CAS Stucchi di Frutta*, cuyas previsiones configuran la actual regulación del régimen de modificación de los contratos y que pueden resumirse en tres principales ideas:

- La modificación exige que esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación que regirá la licitación.

- De no hallarse prevista, es necesario que no afecte a ningún tipo de condición esencial del contrato.

- Y en último lugar, de ser necesaria dicha modificación esencial no prevista en la documentación que rige la licitación, lo procedente será la resolución del contrato y la celebración de un nuevo procedimiento de adjudicación.

El *ius variandi* constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas en los contratos administrativos y se configura como una excepción al principio de “*pacta sunt servanda*”. Se trata de una de las manifestaciones más claras de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato¹¹. Su finalidad es evitar que la Administración, como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo, quede obligada por el vínculo contractual si ello va en detrimento del interés público que se pretende satisfacer con la ejecución del contrato en los términos pactados. Además, implica necesariamente la adecuada compensación para el mantenimiento del equilibrio del contrato como garantía para el contratista.

El campo de actuación del régimen de la modificación de los contratos se puede delimitar analizando tres aspectos: los tipos de contratos a los que se aplica, los elementos del contrato a los que puede afectar y las variaciones excluidas del concepto de modificación.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, el legislador había dejado los contratos privados fuera del ámbito aplicación del régimen de modificación de los contratos, puesto que era una cuestión encuadrada dentro de los efectos y extinción, remitida al derecho privado. Esta circunstancia fue detectada por el Consejo de Estado, al emitir el dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y para evitar antinomias legales se introdujo en el art. 20.2 LSCP que los contratos privados también se rigen por el actual Texto Refundido en cuanto a su modificación.

En opinión de DÍEZ CALZADA, la razón que explica este cambio sustancial en la filosofía de la normativa de contratos del sector público es que la novación contractual ha perdido el carácter de mera incidencia de la ejecución del contrato para pasar a convertirse en un elemento básico del mismo, de tal modo que se configura ahora como

¹¹ GIMENO FELIU, J.M., “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011, pp. 29-54 y MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Estudio sistemático, La Ley, Madrid, 2007, p. 639.

un elemento constitutivo más en el proceso de formación de la voluntad del órgano de contratación¹².

No obstante, lo que ha suscitado más dudas entre la doctrina, es el hecho de que el art. 219 LCSP posibilita, según DÍEZ CALZADA, que en la modificación de los contratos privados no concurra necesariamente una razón de interés público. No obstante, autores como GRIS GONZÁLEZ considera que a pesar de referirse el precepto solo a los contratos administrativos, lo cierto es que una interpretación conjunta de dicho precepto con el artículo 103.1 de la Constitución, que obliga, en todo caso, a que las Administraciones Públicas sirvan con objetividad a los intereses generales. Ello conduce a la conclusión de que el interés público debe presidir la modificación, no solo de los contratos administrativos, sino también la de los privados¹³.

Desde una perspectiva general, cualquier novación de los elementos del contrato implica una modificación del mismo. Sin embargo, el art. 105.1 LSCP dispone que los supuestos previstos en la ley sobre sucesión de persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, no son modificaciones contractuales. Nosotros, al igual que la mayor parte de la doctrina, seguimos esta opinión, aunque encontramos autores, como GRIS GONZÁLEZ¹⁴, que sostienen que no son modificaciones en el sentido del Título V del Libro I de la LCSP, teniendo régimen jurídico específico, contemplado a lo largo del articulado de dicha norma.

El poder de modificación está sometido en cuanto a su ejercicio, a límites tanto de carácter formal, como de carácter material, ya que se trata de una potestad reglada, de modo que lo que constituye un título habilitante de la actuación administrativa, al propio tiempo se convierte en un conjunto de garantías para el contratista¹⁵. Y precisamente para no entenderse en términos absolutos esta prerrogativa que se otorga al órgano de contratación, el apartado 2 del art. 105 aclara que la modificación de los contratos no podrá acordarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente

¹² DÍEZ CALZADA, J.R., “Comentarios al nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, 2011, pp. 58-67.

¹³ GRIS GONZÁLEZ, J.C., “La modificación de los contratos del Sector Público”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 28, 2012, p. 5.

¹⁴ GRIS GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 7.

¹⁵ El documento se puede consultar en <http://contratodeobras.com/tema-18-modificacion-y-suspension/>, p. 5.

contratadas, ampliar el objeto de contrato para cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria o incorporar una prestación susceptible de aprovechamiento independiente. A pesar de ello, debemos recordar que, de conformidad con los arts. 171.b) y 174.b) LCSP, determinadas prestaciones u obras complementarias si pueden adjudicarse al contratista por el procedimiento negociado sin publicidad¹⁶. Es el caso de las obras o servicios que no figuran en el proyecto o en el contrato inicial debido a una circunstancia que no pudo preverse por un poder adjudicador diligente y son necesarios para ejecutar la obra o el servicio tal y como están descritos en el proyecto o en el contrato sin modificarlo. La ejecución deberá confiarse al contratista de la obra o del servicio inicial y su importe no podrá superar el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

En la actualidad, la Ley de Contratos reconoce la posibilidad de modificar los contratos celebrados por las entidades del sector público, incluidos los contratos privados, en dos supuestos. Cuando la modificación se haya contemplado expresamente en los pliegos o el anuncio de licitación, o bien cuando no se haya previsto, pero se incurre en algunas de las circunstancias tasadas en el art. 107 LCSP.

En expresión utilizada por la Abogacía General del Estado, en su Circular 1/2011, sobre el régimen de modificación de los Contratos del Sector Público, cabe distinguir una modificación convencional (cuando se haya previsto en la documentación que rige la licitación) y una modificación legal (cuando responda a las circunstancias imprevistas del art. 107). Esta clasificación de las nuevas categorías ya fue advertida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus informes 43/2008, de 28 de julio y 5/2010, de 23 de julio.

No obstante, ESCRIBANA MORALES presenta una tercera vía para modificar el contrato al margen de los supuestos previstos en la documentación del contrato o de los recogidos legalmente, siendo ésta la del mutuo acuerdo. Este autor considera que, dentro del principio de la libertad que las partes tienen para incluir pactos, cláusulas y condiciones, conforme al artículo 25.1 LCSP, cabría esta posibilidad de modificación de los contratos administrativos y privados, siempre que concurrieran las circunstancias exigidas, con carácter general, para la modificación. Además, añade en este sentido que

¹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 636.

el art. 223 LCSP, posibilita resolver el contrato por mutuo acuerdo, con lo que, como la modificación es inferior a la resolución, también podría hacerse de esta manera¹⁷. En nuestro trabajo nos vamos a centrarnos en los dos supuestos de modificación previstos en la Ley.

1. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación

El art. 106 LCSP señala que los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya previsto de expresamente esta posibilidad y se haya detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones, así como las condiciones, el alcance y los límites con que podrá acordarse la modificación, indicando el porcentaje máximo del precio del contrato a que puede afectar y el procedimiento que ha de seguirse para ello. La finalidad es que los licitadores puedan conocer la posibilidad de modificación y valorarla a efectos de formular sus ofertas¹⁸. En consecuencia, el art. 106 LCSP establece que los supuestos en que se prevea la posible modificación deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias que puedan verificarse de forma objetiva.

En suma, de la redacción del mencionado artículo podemos extraer una serie de características que definen a este tipo de modificaciones. Los requisitos materiales son los que siguen:

a) La eventual modificación del contrato tiene que estar prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación.

A este respecto, lo primero que hay que realzar es que los pliegos y el anuncio de licitación merecen igual consideración legal al objeto de proyectar la variación del contrato. No obstante, existen quienes, como DÍEZ CALZADA¹⁹ critican esta equiparación toda vez que es el pliego, y no el anuncio de licitación, el que tiene la

¹⁷ ESCRIBANA MORALES, F.J., *Guía práctica de la Contratación del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2012.

¹⁸ SÁNCHEZ MORON, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, ob. cit., p. 635.

¹⁹ DÍEZ CALZADA, J.R., “Comentarios al nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, 2011, pp. 58-67.

consideración de fuente dimanante de derechos y obligaciones entre las partes en su calidad de *lex contractus*.

Entrando en el campo de la práctica jurídica, la duda que surge es de si los pliegos a que se refiere el artículo 106 son los de cláusulas administrativas generales, los de cláusulas administrativas particulares o los de prescripciones técnicas. Entre las tres opciones la doctrina se inclina a admitir que será el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el correspondiente contrato, el instrumento más idóneo para hacer uso de la facultad que otorga el art. 106 LCSP²⁰.

Otro de los aspectos que cabe plantearse es si la posibilidad de modificar el contrato, una vez prevista en el pliego o en el anuncio, obliga a ambas partes. Según se desprende del art. 210 LCSP, no se establece distinción alguna sobre este particular, y por consiguiente posee naturaleza de decisión unilateral.

b) La previsión tiene que ser expresamente advertida y detallada de forma clara, precisa e inequívoca.

Al requerir el legislador que se realice de forma expresa, excluye por tanto que pueda ser tácita, descartando la posibilidad de que la valoración de las circunstancias dependa de juicios de valor, personales o subjetivos y exigiendo a la Administración un alto grado de rigor. Esta indicación es una consecuencia del principio de transparencia, al que ya hemos hecho referencia. Sobre su alcance e interpretación se puede consultar la abundante jurisprudencia existente al respecto. A modo de ejemplo citamos la Sentencia del Tribunal General, de 19 de marzo de 2010, asunto T-50/2005, *Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contra Comisión Europea*, apartados 58 y 59:

“Este principio de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio

²⁰ FUENTES LOSADA, A., “La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, núm. 2, La Ley, 2014, p. 142.

de licitación o en el pliego de condiciones (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 55 supra, apartado 111).

El principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (sentencia de 12 de marzo de 2008, Evropaïki Dynamiki/Comisión, citada en el apartado 52 supra, apartado 145)”.

c) Deberán determinarse las condiciones, alcance y el límite de la modificación, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puede afectar.

De igual modo, esta obligación tiene su razón de ser en los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores recogidos en el art. 1 LCSP, de modo que los posibles licitadores conozcan de antemano si el contrato prevé la posibilidad de ser modificado. Con esto el legislador pretende amparar el desarrollo de una competencia real y efectiva entre los participantes en las licitaciones públicas, de modo que todos ellos estén sujetos a idénticas condiciones y dispongan de las mismas oportunidades al formalizar sus ofertas.

Ahora bien, en relación a este aspecto, la ausencia de un límite cuantitativo al porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar las modificaciones del contrato y la repercusión del mismo en cuestiones como el procedimiento de adjudicación, la publicidad de la licitación o incluso la clasificación del contratista, ha sido la previsión que más opiniones doctrinales en contra ha suscitado. Tal y como advierte MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, el precepto no contempla un porcentaje máximo no superable del precio de adjudicación, lo que implica que sería admisible cualquier tipo de

porcentaje, no sufriendo el órgano de contratación ningún tipo de límite legal²¹. No obstante, de acuerdo con lo manifestado por autores como FUENTES LOSADA, entre otros, dicha ausencia de límite se ha visto acotada por el art. 88.1 LCSP, al establecer que el valor estimado del contrato será el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.

En todo caso, estos supuestos habilitadores de la modificación deben responder a razones de interés público, en consonancia con lo dispuesto por el art. 219.1 LCSP. Igualmente, añadir que la modificación convencional no tiene más límites que las finalidades que el apartado 2 del art. 105 LCSP anteriormente citado declara excluidas del concepto de modificación, o bien las restricciones que se haya impuesto el propio poder adjudicador en la documentación regidora del contrato.

2. Modificaciones no previstas en la documentación de la licitación

El art. 107 LCSP se encarga de regular el otro posible supuesto de modificación de los contratos públicos. Se trata de las modificaciones no previstas en el pliego o en el anuncio y podrá acordarse cuando se justifique suficientemente las siguientes circunstancias:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

Esta circunstancia está basada en errores u omisiones en el proyecto o en las especificaciones técnicas. En opinión del Consejo de Estado, parece que este caso está dirigido, aunque no se diga expresamente en la norma, hacia los supuestos en que el contratista no es autor del proyecto o no intervino en la redacción de las especificaciones técnicas²². En consecuencia, cualquier error, que no le fuera imputable, justificaría la

²¹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J., “La tramitación de los futuros modificados de contratos del Sector Público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, 2011, pp 32-39.

²² Consúltase el Dictamen núm. 215/2010 del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, aprobado el 18 de marzo de 2010. Otras opiniones, sin embargo, manifiestan que tanto las circunstancias contenidas en el apartado a), como las del apartado b), parten de la nota de imprevisibilidad, hecho que les lleva a plantearse el interrogante de si todo error puede justificar la aprobación un modificado, a lo que concluyen que requiere una actuación diligente por parte del poder adjudicador para admitir el modificado. Para esta teoría una buena forma de identificar la magnitud del

modificación del contrato no prevista en los documentos de licitación. No obstante, la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 1 de marzo de 2012, señala que esta causa debe interpretarse en términos análogos a los contenidos de forma expresa dentro del último inciso del artículo 107.1.b) LCSP, por lo que también para las modificaciones amparadas en la letra a) del apartado 1 de ese artículo 107 es exigible una diligencia propia de una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

Siguiendo las tesis del órgano consultivo estatal, este supuesto parece estar enfocado a situaciones en las que el contratista fue el creador del proyecto o de las especificaciones técnicas. De este modo los defectos que pudiere tener dicha documentación le son imputables. Sin embargo, para poder admitirse el modificado, será necesario, de acuerdo con lo manifestado anteriormente, que los defectos no fueran previsibles con la diligencia de un buen profesional.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos

La cuestión de mayor relevancia en este apartado es delimitar los conceptos “fuerza mayor” y “caso fortuito”. Para ello debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 31 de mayo de 1999 en el recurso 2132/1995 y de 10 de noviembre de 2008 en el recurso 5221/2006, entre otras). Así, la fuerza mayor es una circunstancia ajena al interesado, anómala e imprevisible y cuyas consecuencias no hubieran podido ser evitadas a pesar de la diligencia utilizada. El caso fortuito, por su

error y los efectos que podría causar, sería examinar el efecto que dicho error ha podido causar en la preparación de las ofertas por parte de los licitadores.

parte, consiste en un hecho de producción desconocida que está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización²³.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato

Según afirma GRIS GONZÁLEZ, siguiendo la propia lógica de las palabras, “avance técnico” es todo aquello que implica un adelanto, progreso o mejora en la acción, condición o estado del conjunto de procedimientos y recursos de que se sirven una ciencia o un arte. El mismo autor, sigue y añade que únicamente aquellos que conlleven un desarrollo evidente, importante o relevante, es decir los que “mejoren notoriamente”, y que, además, hayan surgido en un momento posterior al de la adjudicación del correspondiente contrato, son susceptibles de generar alteraciones contractuales²⁴.

Igualmente destacar que esta causa solo hace conveniente, y no necesaria, la modificación. Estamos por tanto ante un concepto jurídico indeterminado, donde el poder adjudicador va a tener que utilizar una serie de juicios de valor para determinar lo que es conveniente en el ámbito del contrato en cuestión.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato

En este caso, la modificación viene impuesta por la obligatoriedad de adaptar el contrato a la normativa vigente en los diversos sectores que pudieran afectar al contrato. La anteriormente mencionada Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 1 de marzo de 2012, expone al respecto que en “*estos casos, cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido*

²³ FUENTES LOSADA, A., *ob. cit.*, p. 146.

²⁴ GRIS GONZÁLEZ, J.C., *ob. cit.*, p. 16.

de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato”.

Las modificaciones del contrato no podrán afectar a las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y solo pueden introducir variaciones indispensables para la causa objetiva que la acredite. Por tantos, en todos los casos no contemplados en los supuestos anteriormente mencionados, cualquier modificación de la prestación pactada requiere la celebración de un nuevo contrato, conforme a los procedimientos de adjudicación previstos en la Ley²⁵.

El apartado 3 del art. 107 LCSP precisa que la modificación alteraría las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato en los siguientes supuestos:

a) Cuando varíe sustancialmente la función y características de la prestación

En consonancia con la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la modificación de un contrato puede considerarse sustancial cuando amplía el mismo, en gran medida, a prestaciones inicialmente no previstas (SSTJUE de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH y Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* y de 29 de abril de 2010 en el asunto C-160/08, *Comisión contra Alemania*).

b) Cuando se altere la relación entre la prestación contratada y el precio

Este supuesto implica la prohibición de que mediante la modificación se alteren tanto los parámetros que sirvieron para delimitar el precio de las diversas prestaciones contratadas, como el régimen de retribución del contratista. Ilustrativa al respecto es la STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, *Comisión contra CAS Stucchi di Frutta*, antes mencionada, al sostener que el cambio en la modalidad de pago, a falta de habilitación a tal efecto en la documentación del contrato, implica la alteración esencial

²⁵ La STJUE, de 11 de julio de 2013, asunto C-576/10, *Comisión Europea contra Países Bajos*, apartados 46 y 62, reiterando la jurisprudencia de Tribunal de Justicia, sostiene que los contratos públicos han de volver a celebrarse si se modifica alguno de sus elementos esenciales de manera que será necesaria la firma de un nuevo contrato.

de las condiciones de licitación y adjudicación del mismo, puesto que contraviene los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores.

c) Cuando para la realización de la prestación modificada se necesite una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial, o unas condiciones de solvencia distintas

De acuerdo con lo manifestado por la Abogacía General del Estado, en la Circular núm. 1/2011, estamos ante unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas cuando se requiriera una clasificación antes no exigida, o cuando se requiera una clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido.

d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan el 10 por ciento del precio de adjudicación, o en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas superen este límite

Al fijarse esta limitación nos encontramos en el terreno de lo objetivo, no siendo necesaria ninguna clase de valoración subjetiva para su apreciación²⁶. Sin embargo, la reiterada Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 1 de marzo de 2012 destaca que “[...] tal consideración no implica que las modificaciones que se encuentren por debajo de ese 10% sean siempre calificadas como no esenciales, esto es, toda modificación que exceda del 10% debe ser considerada como esencial, pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% deben ser rechazadas automáticamente como no esenciales”.

e) En cualquier otro caso en que pueda presumirse que si la modificación se hubiera conocido previamente, hubiesen participado en el procedimiento de adjudicación otros interesados o los licitadores parte del mismo hubieran presentado ofertas diferentes a las fórmulas

Como acertadamente expone GRIS GONZÁLEZ, se trata de una cláusula de cierre o residual donde caben todos aquellos supuestos que no han sido mencionados

²⁶ GALLEGO CÓRCOLES, I., “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, *Revista Contratación Administrativa práctica*, núm. 110, 2011, pp. 56-66. A pesar de esta objetividad, GALLEGO CÓRCOLES expresa sus dudas en relación con la plena conformidad de este supuesto con la jurisprudencia comunitaria.

expresamente en los apartados anteriores, pero que pudieran distorsionar la competencia²⁷.

En relación a la modificación de los contratos, la Ley ofrece una serie de garantías de procedimiento que vamos a mencionar brevemente. En cualquier caso, la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación deberán recogerse en los pliegos y en el anuncio de licitación. Igualmente, las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el art. 156 LCSP, que exige que la formalización se lleve a cabo en documento administrativo dentro del plazo de los quince días hábiles siguientes, a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos, constituyendo dicho documento garantía suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato o la modificación del mismo se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos.

Ahora bien, tratándose de modificaciones previstas en el contrato, se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos. Sin embargo, en el caso de las modificaciones no previstas, será necesario dar audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que formule las consideraciones que tenga por conveniente en el plazo de tres o más días.

En todo caso, deberá darse audiencia al contratista y será preceptivo el Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros. Por otra parte, cuando la Administración contratante sea el Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, la modificación requiere previo informe del Servicio Jurídico correspondiente. En el resto de administraciones, habrá que estar a su normativa reguladora. Estos informes no son vinculantes para el órgano de contratación (art. 80 de la Ley 39/2015 de PACAP).

²⁷ GRIS GONZÁLEZ, J.C., *ob. cit.*, p. 20.

No obstante, queremos destacar que el procedimiento general aplicable al ejercicio de todas las prerrogativas de las Administraciones públicas que establece la Ley de Contratos contendrá ciertas singularidades, según cual sea el tipo de contrato sobre el que se ejercita.

En conclusión, el *ius variandi* de la Administración es una prerrogativa excepcional, como también ha señalado el Tribunal Supremo: *“los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el art. 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes”*²⁸.

Sin embargo, la práctica de la contratación de nuestras Administraciones Públicas nos demuestra que las modificaciones en muchas ocasiones encubren, en fraude de ley, una ampliación del objeto del contrato, que guarde en cierta medida conexión con el anterior, evitando una nueva licitación. En este ámbito la regulación ha sido demasiado permisiva y flexible en nuestra legislación, lo que ha facilitado los abusos²⁹. Por ello, las reformas de la legislación de contratos llevadas a cabo en distintas ocasiones introdujeron medidas encaminadas a incrementar la concurrencia, la transparencia y la objetividad en la contratación pública, limitando y concretando las posibilidades que la Administración tiene de modificar sus contratos.

²⁸ SSTs de 16 de abril de 1999, 9 de octubre de 1995 y de 30 de abril de 1977.

²⁹ SÁNCHEZ MORON, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, ob. cit., p. 635.

III. LA REGULACIÓN EN LA NUEVA DIRECTIVA DE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS: LAS MODIFICACIONES DEL OBJETO

Una importante novedad de la Directiva 2014/24/UE es que incorpora por primera vez en el Derecho europeo una regulación específica sobre la ejecución del contrato. El Capítulo IV del Título II regula la ejecución del contrato, abordando en los arts. 70 y siguientes las condiciones de ejecución del contrato, la subcontratación, la modificación de los contratos durante su vigencia y la resolución de contratos. Sin embargo, las previsiones de más trascendencia son las que recoge el art. 72 referidas a la modificación de los contratos durante su vigencia, toda vez que regula los supuestos en que podrá darse por válida una modificación sin que sea necesaria una nueva licitación y abre la posibilidad al control de esta potestad mediante el recurso.

No obstante, a pesar de esta nueva regulación, la consolidada doctrina del TJUE³⁰ no queda desplazada, pues como advierte el considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejercicio exige un nuevo procedimiento de contratación, se determinarán en sintonía con la jurisprudencia del TJUE. Aunque en el anterior capítulo hemos citado parte de esta jurisprudencia, no queremos seguir avanzando, sin previamente resumir las líneas básicas diseñadas por el TJUE.

La Sentencia del Tribunal General, de 31 de enero, asunto 2013 T-235/11, que enjuicia un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 2011-1023 final de 18 de febrero de 2011 por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España, es ilustrativa en cuanto a los requisitos que deben cumplir los modificados:

“46. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de

³⁰ Véase GIMENO FELIU, J.M., “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, pp. 92-105, en la obra colectiva coordinada por CANO CAMPOS, T. y BILBAO ALEXIADES, E., *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.

contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47. El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).

48. Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)”.

De acuerdo con lo manifestado anteriormente, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes para ello, cuando no se encuentre entre las previsiones del contrato y se pueda comprender de forma clara su significado y funcionamiento. Para ello, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación. No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, que ocultará una nueva adjudicación ilegal.

El Tribunal de Justicia ha manifestado en varias ocasiones que existirá una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos, cuando las modificaciones efectuadas durante la vigencia del contrato, presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de éste. En

consecuencia, las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente puesto que afectarán al contenido inicial del contrato.

En esta línea debe reseñarse la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, asunto C-91/08, *Wall AG contra Municipio de Fráncfort del Meno y Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GMBH*, apartado 72. El Tribunal entiende

“Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada”³¹.

Así mismo, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores a parte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta diferente de la inicialmente seleccionada. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos³² o cambia el equilibrio económico del contrato a favor del contratista de un modo que no estaba previsto en los términos del contrato inicial³³.

³¹ En la misma línea se pronuncian las SSTJUE de 5 de octubre 2000, asunto C-337/1998, *Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa*, apartados 44 y 46; de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH y Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, entre otras.

³² Consúltese la STJUE de 29 de abril de 2010, asunto C-160/08, *Comisión Europea contra Alemania Federal de Alemania*.

³³ Es el criterio adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”.

En suma, será desde perspectiva de la jurisprudencia europea como deberá entenderse y analizarse la nueva regulación de las modificaciones contractuales que introduce la Directiva 2014/24/UE.

Ahora bien, de conformidad con la Directiva, una modificación sustancial de las disposiciones del contrato durante su mandato se considerará una nueva adjudicación y requerirá la celebración de nuevo procedimiento de contratación. En consecuencia, la regla general es que se prohíbe cualquier modificación que implique la alteración del contenido sustancial. Se considera que la modificación del contrato durante su vigencia es sustancial cuando tenga como resultado un contrato sustancialmente diferente al celebrado en un principio³⁴. En cualquier caso, el art. 72.2 de la Directiva dispone que una modificación se considerara sustancial cuando:

- la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador.

- la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial.

- la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco.

- el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).

En consecuencia, las modificaciones de un contrato serán posibles si no afectan al contenido sustancial de contrato. En el sentido del apartado 1 del art. 72 las modificaciones no se considerarán sustanciales en los siguientes casos:

³⁴ PUERTA SEGUIDO F., PUNZÓN MORALED A, J. y DOMÍNGUEZ ALONSO A.P., “La nueva regulación en la Directiva de la fase de ejecución de los contratos y la repercusión de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de contratos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, 2014, p. 22.

a) cuando hayan sido estipuladas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Este tipo de cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse y no deberán permitir que las modificaciones puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

En palabras de GIMENO FELIU, se habilita la regla de que los modificados convencionales puedan alterar el contrato, pero con el límite de que no altere la su naturaleza global, que debe entenderse como límite a cambios de objeto o de un importe desproporcionado. Según este autor la reconocibilidad de la prestación de origen ha de ser, sin duda, un parámetro interpretativo de referencia. Es decir, alterar la necesidad demandada inicialmente por otra radicalmente distinta es, claramente, una modificación sustancial que no puede acordarse sin licitación pública³⁵.

b) Que no sea factible la opción de cambiar de contratista por existencia de razones económicas o técnicas vinculadas al procedimiento inicial o genere inconvenientes o costes excesivos. En todo caso, con el límite del 50 por ciento del valor inicial del contrato.

c) Cuando con la debida diligencia no se han podido prever las nuevas condiciones y no se altera la naturaleza global del contrato.

Se reconoce *ex lege* los supuestos de modificación hasta el 50 por ciento del contrato y siempre que no afecte al contenido esencial. Reiterando lo manifestado en el anterior capítulo, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a mera imprevisión por falta de diligencia. De este modo las nuevas necesidades si no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de una nueva adjudicación puesto que afectarían al contenido esencial del contrato³⁶.

³⁵ GIMENO FELIU, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, ob. cit., p. 181.

³⁶ Sobre esta cuestión consúltese la Sentencia del Tribunal General, de 31 de enero, asunto 2013 T-235/11. El Tribunal General cuestionó que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que el concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad, sosteniendo en el apartado 67 que “*el uso de un criterio relativo únicamente a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación*”.

Al respecto, GIMENO FELIU, considera que se abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con la finalidad de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato. El mismo riesgo entiende que podría producirse en el caso de que existan motivos económicos, técnicos o de inconveniencia. En efecto, esta observación es acertada, puesto que la posibilidad de modificar el contrato hasta el 50 por ciento de su valor inicial por circunstancias imprevistas o para añadir obras, servicios o suministros adicionales podría dar lugar a prácticas irregulares que favorezcan al contratista original.

d) Casos de sucesión o cesión de contratistas.

Se admite la modificación del contrato sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento cuando un nuevo contratista sustituya al designado, a consecuencia de una cláusula de revisión, clara, precisa e inequívoca. Igualmente, el modificado se admite en los casos de sucesión total o parcial del contratista inicial por reestructuración empresarial en tanto respeten los principios de la licitación o debido a la aceptación por el poder adjudicador de las obligaciones que el contratista principal tiene asumidas con sus subcontratistas. Esta última posibilidad de modificación del contrato necesariamente tendrá que estar prevista en la legislación nacional para ser admitida.

e) Modificaciones no sustanciales, con independencia de su valor.

Esta cláusula reconoce la opción de modificar los contratos, con independencia de su valor, cuando no se altere su contenido sustancial. En relación a la modificación sustancial del contrato, nos remitimos a los supuestos recogidos en el art. 72.4 de la Directiva 2014/24/UE anteriormente mencionados.

Por otra parte el art. 72.2 de la Directiva 2014/24/UE, también reconoce la opción de modificar un contrato, con independencia de si se cumplen los requisitos antes mencionados y sin que sea necesario iniciar un nuevo procedimiento de contratación, cuando el valor del modificado es inferior a los umbrales del art. 4³⁷, es decir cuando no

³⁷ Los umbrales establecidos en el art. 4 de la Directiva 2014/24/UE son 5 186 000 EUR en los contratos públicos de obras; 134 000 EUR en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales; 207 000 EUR en los contratos públicos de suministro y de

afecte a contratos SARA, y la modificación no supere el 10 por ciento del valor inicial del contrato en el caso de servicios o de suministros, y el 15 por ciento en el caso de las obras. De igual modo, en este supuesto se exige que la modificación no altere la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Si se tratara de varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

Interesa destacar que el art. 72.1, último inciso, de la Directiva sobre contratación pública establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación a tal efecto en el pliego. La finalidad de esta exigencia es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales, así como permitir la impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se demostrara que los actos adoptados por el poder adjudicador han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando una nueva adjudicación ilegal.

Esta disposición, que se aplica en Aragón³⁸ y Navarra, obligará a España a replantear la actual situación en virtud de la interpretación que se está dando a la actual redacción del art. 40, que excluye la posibilidad de recurso especial a los actos de modificación:

“Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”.

Este apartado del art. 40.2 c) LCSP no se encontraba en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, sino que fue introducido en el texto legal a consecuencia de una de las enmiendas planteadas por los grupos políticos. La decisión del legislador no dejó de sorprender, generando un continuo debate sobre la exclusión de los modificados

servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y 750 000 EUR en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV.

³⁸ La Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público, modificada por el art. 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, introdujo una nueva disposición, el art. 12 bis, que reconoce expresamente la posibilidad de interponer recurso contra los acuerdos de modificación.

del ámbito objetivo del recurso especial. Al respecto, la jurisprudencia europea ha señalado que una modificación ilegal equivaldría a una “nueva adjudicación” y por tanto, esa “nueva adjudicación” debería formar parte del objeto de recurso especial, puesto que, conforme al art. 40.2 c) LCSP, pueden ser objeto del recurso “los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”³⁹.

En efecto, esta discusión sobre la exclusión del ámbito objetivo del recurso especial de los actos dictados por los órganos de contratación en relación a las modificaciones de los contratos públicos, queda ahora superada con la nueva Directiva. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad.

En opinión de GIMENO FELIU, frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración⁴⁰. Desde nuestro punto de vista, con esta nueva regulación introducida por el derecho europeo en la materia, quizás si podamos dar por buenas las palabras de COLÁS TENAS y decir que “la era del reformado” ha finalizado.

³⁹ Sobre esta cuestión reiteramos la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 junio 2008, asunto C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GMBH, apartado 34.

⁴⁰ GIMENO FELIU, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, ob. cit., p. 186.

IV. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La transposición en España, a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley de las Cortes Generales, preparado por el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de los contenidos que deban ser incorporados mediante normas autonómicas, de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes Estatutos de Autonomía. La situación política e institucional ha hecho que, a pesar de que existan dos Anteproyectos de Ley, uno que regula la contratación del sector público en general, mientras que el segundo lo hace con las especialidades en materia de contratación en los señalados sectores concretos. De este modo, incorporándose la Directiva de concesiones a estas dos normativas sin que se apruebe una específica en esta materia, se haya superado el plazo de transposición sin que ésta se haya producido por estar en Gobierno en funciones.

Sin embargo, tras la celebración de la tercera convocatoria de las elecciones generales de 2015, y el nombramiento del Presidente de Gobierno el pasado 31 de octubre de 2016, ha permitido la formación de gobierno, quedando desbloqueada la situación política existente hasta el momento. Este hecho ha permitido que en fecha 24 de noviembre de 2016 se apruebe en Consejo de Ministros los textos del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y del Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. El inicio de la tramitación parlamentaria urgente próximamente culminará con la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. No obstante, desde que ha finalizado el plazo para la transposición sin que la misma se haya realizado, al margen de la responsabilidad por incumplimiento y sus posibles consecuencias patrimoniales, implica una serie de efectos jurídicos, quedando desplazada la regulación nacional y aplicándose el efecto directo de varios de los preceptos de las Directivas de contratación pública. A continuación, comentaremos

las consecuencias prácticas derivadas de la falta de transposición de las directivas por el Estado español, para examinar después brevemente las principales novedades del Proyecto de Ley y centrarnos finalmente en los preceptos relativos a la modificación de los contratos públicos.

1. Consecuencias prácticas derivadas de la falta de transposición de las directivas por el estado español

El retraso en el cumplimiento del plazo de transposición de las Directivas de cuarta generación determina una serie de efectos jurídicos, merecedores de una especial atención en el presente trabajo, sobre todo por las consecuencias prácticas que implica. La actual situación política, causante quizás en cierta medida de dicho retraso, evidencia la imposibilidad del cumplimiento de los plazos de transposición, pues los trámites legislativos, todavía no iniciados, no son breves. Ahora bien, transcurrido el plazo para su transposición sin que se haya incorporado el contenido de las mismas, las consecuencias jurídicas son las siguientes:

a) La Comisión puede pedir al TJUE que condene al Estado incumplidor; el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas.

b) En determinadas condiciones, el TJUE también concede a los particulares la posibilidad de obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o de una transposición con retraso de una Directiva.

c) Finalmente, la jurisprudencia del TJUE considera que, cumpliéndose ciertos requisitos, la Directiva tiene un efecto directo, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales; esta consecuencia es la más relevante a los efectos del presente documento, por lo que en el siguiente apartado centraremos nuestra atención en este punto.

Como bien manifiesta GIMENO FELIÚ a partir del 18 de abril se “abre” un nuevo escenario jurídico caracterizado por el efecto directo de las Directivas de contratación pública y, en su caso, un recurso por incumplimiento⁴¹.

La Directiva, junto con el Reglamento y la Decisión europeos, conforman los instrumentos jurídicos de que disponen las instituciones europeas para aplicar las políticas europeas, siendo vinculantes para los Estados miembros destinatarios en todos sus elementos. Concretamente, y centrando nuestra atención en la Directiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE, es una disposición de Derecho Derivado de la Unión Europea, que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Se trata por tanto de una herramienta obligatoria de recepción formal, que se emplea con la finalidad de armonizar las legislaciones nacionales. En consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial, y tras su entrada en vigor, su contenido ya es parte del ordenamiento jurídico, aunque no despliegue efectos directos hasta su transposición formal o vencimiento del plazo de incorporación. Es decir, se produce un efecto directo vertical de la Directiva al expirar el plazo de transposición, de tal modo que los particulares pueden alegar ante los tribunales su contenido contra los Estados, siempre cuando las disposiciones que la componen sean claras, incondicionales y suficientemente precisas.

La institución del efecto directo preserva la nota de primacía propia del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea, y garantiza que el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuado por una eventual inejecución de las Directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la Directiva. En resumen, el efecto directo implica que, si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma

⁴¹ GIMENO FELIÚ, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, documento publicado en <http://www.obcp.es/>, p.30.

interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado.

El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el TJUE en la Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, *Van Gend en Loos*. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el país de la UE recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno⁴². La aplicabilidad del efecto directo también se resolvió en la Sentencia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, *Ursula Becker contra Finanzamt Munster-Innenstadt*, planteando una cuestión de gran transcendencia, cual es, que las Directivas comunitarias constituyen normas básicas del Derecho comunitario europeo. A este respecto la citada resolución del TJUE viene a confirmar a su vez una jurisprudencia anterior, en el sentido de que cuando las disposiciones de una Directiva son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y precisas, tales disposiciones pueden ser invocadas por los particulares afectados en los supuestos en los cuales los Estado destinatarios de la Directiva no hayan adoptado en el plazo estipulado los medios de ejecución de la Directiva. De esta manera, los particulares ven reforzada su esfera jurídica y el Derecho comunitario logra que su efecto útil, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuada por una eventual inejecución de las Directivas comunitarias por un Estado miembro⁴³.

Interesa recordar, de forma más específica en relación a las Directivas de contratación pública, la doctrina de la Sentencia del TJUE de 24 de septiembre de 1998,

⁴² Efecto directo, que así mismo se reconoce en la amplia jurisprudencia del TJUE, citando entre otras las sentencias, de 4 de diciembre de 1974, asunto C- 41/71, *Van Duyn*; de 26 de febrero de 1975, asunto C-67/74, *Bonsignore*; de 28 de octubre de 1975, asunto C-36/75, *Rutili*; de 8 de abril de 1976, asunto 48/75, *Royer*; de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, asunto 30/77 (todas ellas con relación a la Directiva 64/221/CE); así como las sentencias de 7 de julio de 1976, asunto 118/75 *Watson y Belmann*; de 14 de julio de 1977, asunto 8/77, *Sagulo* y de 3 de julio de 1980, asunto 157/79, *Pieck*, (éstas con relación a la directiva relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de trabajadores en los Estados Miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad).

⁴³ En relación a esta jurisprudencia del TJUE, pueden consultarse a ALONSO GARCIA R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, pp. 267-275 y a MUÑOZ MACHADO S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 133-137.

asunto C-76/97, *Walter Tögel contra Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, sobre la aplicación directa de la Directiva 92/50/CEE:

“44. A este respecto, procede señalar desde un primer momento que las disposiciones del Título I, relativas al ámbito de aplicación material y personal de la Directiva, y del Título II, relativo a los procedimientos aplicables a los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en los Anexos I A y IB, son incondicionales y suficientemente precisas para ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional.

45. En virtud de los artículos 8 a 10, que forman parte del Título II, las entidades adjudicadoras están obligadas, de manera incondicional y precisa, a adjudicar los contratos públicos de servicios con arreglo a procedimientos nacionales de conformidad con lo dispuesto en los Títulos III a VI en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I A y con arreglo a los artículos 14 a 16 en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I B. El artículo 14 constituye el Título IV, mientras que el artículo 16 figura en el Título V”.

Debemos destacar que la Directiva afecta únicamente a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de sus normas y con el alcance que éstas fijen, porque ése es también el ámbito del deber de transposición incumplido que lo fundamenta. En la Directiva de contratación pública dicho ámbito está definido en los apartados 1.1 y 1.4 del artículo 2 por lo que se refiere a las entidades consideradas como poder adjudicador, y en los apartados 1.5 a 1.9 del artículo 2 y el artículo 4 por lo que se refiere a los contratos incluidos, debiendo distinguirse a su vez los contratos íntegramente sujetos a la Directiva y los contratos, como los de servicios sociales y otros servicios específicos, o los contratos subvencionados, a los que solo les afectan algunas normas y principios generales⁴⁴. Por tanto, el efecto directo no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores, ni a la adjudicación de contratos no incluidos en la Directiva.

Así mismo, el efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado “vertical ascendente”, lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares, en especial, los operadores económicos, para hacer valer sus intereses frente al Estado. No obstante, se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser “horizontal”, es decir, invocado entre particulares y, sobre todo, no cabe el efecto directo

⁴⁴ Ver los artículos 13, 74 y siguientes, y Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública (se trata de los contratos comúnmente denominados “servicios no prioritarios”).

“vertical descendente”, es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares⁴⁵.

La jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él. Y como bien ha advertido la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre 2013, asunto C-425/12, *Portgás*, en especial apartados 22 y siguientes, los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”, al igual que los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particular. Como señaló el Abogado General en sus conclusiones del caso *Portgas*, el mero hecho de que una empresa privada concesionaria exclusiva de un servicio público forme parte de las entidades a las que se refiere expresamente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/38/CE no lleva aparejado que puedan invocarse contra esa empresa las disposiciones de dicha Directiva (efecto directo vertical). Se deberá acreditar que el Estado dispone sobre la mercantil de un control y unas facultades exorbitantes (de acuerdo con una definición funcional de empresa)⁴⁶.

De igual modo, el contenido de los preceptos de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario⁴⁷, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva apenas delimita o perfila, pero no especifica⁴⁸. Por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para

⁴⁵ Véase documento de estudio presentado y aprobado en reunión de 1 de marzo de 2016 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, publicado en la página web del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/>.

⁴⁶ FELIU GIMENO, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, *ob. cit.*, pp 33 y ss.

⁴⁷ Consúltese, por ejemplo, los artículos 32.1, 46.3 y 77.1 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública.

⁴⁸ Consúltese, por ejemplo, el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública.

los poderes adjudicadores cumplen esta condición. A modo general, cumplen esta condición, entre otras, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva y las relativas a los procedimientos aplicables a la adjudicación de los contratos sujetos a ella. En consecuencia, los preceptos de las Directivas de contratación pública de 2014 que sean claros, precisos e incondicionados desplegarán efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, serán parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso- administrativa. Sin embargo, el efecto directo, según de reiterada jurisprudencia del TJUE, no permite que una Directiva pueda crear por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona ante un tribunal nacional⁴⁹.

Obviamente, el efecto directo se aplica en los supuestos regulados por la Directiva, lo que limita su alcance a los importes armonizados. Lo que no impide, en palabras de GIMENO FELIU, que el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas de 2014, pueda servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública. Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral⁵⁰. Así lo ha recordado la Sentencia del TJUE de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14, que analiza la aplicabilidad a un contrato público de suministro de valor inferior a los umbrales establecidos por las directivas de contratos públicos los principios generales establecidos por la jurisprudencia del TJUE, recordando que es necesario respeto de los principios generales de la contratación pública si el contrato presenta un interés transfronterizo⁵¹. Ello implica que los contratos de importe

⁴⁹ Sentencias TJUE de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, apartado 9; de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, *Faccini Dori*, apartado 20, y Sentencia de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, *Domínguez*, apartado 37.

⁵⁰ FELIU GIMENO, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, *ob. cit.*, p. 35.

⁵¹ La Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C-179/02, cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo, ya indicaba: “*En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior*

no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el de eficacia, sin poder aludir la aplicación de la Directiva. Por tanto, es necesaria, como acertadamente afirma ALONSO GARCIA, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo⁵².

Por tanto, uno de los principales pilares en los que se apoya el mecanismo del efecto directo es el incumplimiento del deber de transposición. No obstante, en el caso de las nuevas Directivas de contratación ha de señalarse dos importantes matices. En primer lugar, la todavía vigente Ley de Contratos del Sector Público, transpone la anterior Directiva 2004/18, cuyo contenido es muy similar al de su sucesora en muchos aspectos, y que los aspectos novedosos de la Directiva de contratación pública son en la mayoría de los casos la positivación de la de la jurisprudencia del TJUE dictada con base en la Directiva 2004/18⁵³. En segundo lugar, a diferencia de la Directiva 2014/24/UE, El TRLSCP no permite la excepción a los principios generales del derecho europeo de la contratación pública en relación a la necesidad de sujetar la adjudicación de los contratos a procedimientos con publicidad y concurrencia, que reconoce dicha normativa europea. Como bien señala el documento trabajo sobre la aplicación de las Directivas Europeas de contratación pública de 1 de marzo de 2016, se trata de un supuesto especial de “pretransposición” puesto que se incluyen opciones legislativas más “exigentes” que las pedidas por la propia Directiva y esta opción legislativa de transposición es válida también en el supuesto de una norma anterior a la Directivo, como es el caso del régimen de modificación de los contratos públicos tras la modificación operada en la LCSP por Disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario.(...) De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)”.

⁵² ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, año 2008, pp. 385-410.

⁵³ Véase por ejemplo la SSTJUE de 18 de abril de 2007, asunto C-220/05, *Auroux*; de 21 de febrero de 2008, asunto C-412/04 *Comisión /República Italiana*, y de 6 de mayo de 2010, asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08, *Club Hotel Lautraki*, todas ellas en relación a la normativa sobre contratos mixtos; o la STJUE de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, *Comisión/Reino de los Países Bajos*, sobre la delimitación del alcance de la obligación de la vinculación al objeto de los criterios de adjudicación

En estos supuestos, en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el ordenamiento jurídico interno del Estado destinatario de la Directiva, no procede la aplicación del efecto directo, sino de la propia norma nacional. Así mismo, debe tenerse en cuenta también que el efecto directo solo debe aplicarse cuando no sea posible la interpretación del derecho nacional conforme al efecto útil de la Directiva.

Como hemos manifestado, en el caso concreto de España, puede afirmarse que los contenidos de las Directivas de contratación pública o bien por estar pre-transpuestos o por ser claros, precisos e incondicionados, tendrán efecto directo casi en su totalidad, sin perjuicio de la importancia económica de la contratación pública y en aras a la seguridad pública, sería conveniente que el proceso transposición culmine cuanto antes con la aprobación de la nueva Ley de Contratos de Sector Público. En todo caso y como indica GIMENO FELIU, se considera que tienen efecto directo las siguientes cuestiones⁵⁴ :

- a) Las definiciones surtirán plenos efectos jurídicos, pues son incondicionadas.
- b) El ámbito de aplicación y su concreción – poder adjudicador y entidades adjudicadoras, así como las previsiones sobre centrales de compras y técnicas de contratación conjunta.
- c) Las previsiones en relación al cálculo del valor estimado de la concesión.
- d) La posibilidad de cooperación vertical (*in house providing*), deberá cumplir con las exigencias de las recogidas en las Directivas de contratación pública⁵⁵.
- e) En relación a la determinación del plazo de las concesiones, queda desplazada toda la regulación española que contiene previsiones sobre los plazos en los

⁵⁴ Véase documento de estudio presentado y aprobado en reunión de 1 de marzo de 2016 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, publicado en la página web del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/>.

⁵⁵ Los artículos 12 y 17 de la Directiva de contratación pública y Directiva de concesiones respectivamente, establecen que: a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador; c) que no exista participación privada en la persona jurídica controlada. Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual. Sobre el concreto significado práctico resultan de gran interés las reflexiones contenidas en la Informe 3/2015, 27 de enero de 2015, de la Abogacía del Estado.

contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos, debiéndose fijar dicho plazo respetando las previsiones de las nuevas Directivas.

- f) El régimen de un contrato mixto deberá cumplir con las previsiones de los artículos 21 y 22 de la Directiva de concesiones. Las concesiones cuyo objeto sean tanto obras como servicios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato. Para los supuestos de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto.
- g) La regulación de los servicios de investigación y desarrollo será de directa aplicación, si bien esta cuestión ya está incorporada a nuestra legislación, tras la transposición de las Directivas de 2004.
- h) La obligación de incorporar las nomenclaturas en los contratos de concesión será inmediatamente eficaz en abril del 2016, hecho que afecta a los denominados contratos de gestión de servicios públicos en España, considerados no armonizados al no estar cubiertos por la Directiva 2004/18.
- i) Serán también directamente aplicables las previsiones de confidencialidad. Previsión que se viene aplicando ya en España y que no parece que pueda producir confusiones.
- j) La directa aplicabilidad de las previsiones relativos a los anuncios de las licitaciones y de adjudicación, que deberán ajustarse a los modelos que contiene la Directiva. Ahora la obligación de anunciar que se extiende a las concesiones de servicios, es decir, a los contratos de gestión de servicios públicos.
- k) El acceso electrónico directo, completo, gratuito y sin restricciones, por medios electrónicos, de los documentos relativos a las concesiones.
- l) La definición de conflicto de interés y sus efectos y comprenderá cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

- m) La justificación de la solvencia de los licitadores se realizará mediante declaración responsable, hecho que implica que la regulación del artículo 146 TRLCSP quedará desplazada en cuanto al carácter potestativo de tal posibilidad, que pasará a ser la regla general.
- n) Los supuestos de exclusión son un ejemplo obvio de incondicionalidad y por ello serán de aplicación directa los contenidos en las nuevas Directivas.
- o) Los plazos mínimos de presentación de las ofertas. Cumpliendo con la exigencia de utilización de medios electrónicos, el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes para la concesión podrá ser de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de concesión. Sin embargo, al tratarse de un plazo mínimo más amplio que el recogido en el TRLCSP, habrá que atender a la Ley nacional.
- p) La exigencia de catálogos electrónicos
- q) En materia de procedimientos, tienen efecto directo el procedimiento abreviado, el restringido, el negociado con publicidad, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación. No obstante, para el procedimiento negociado sin publicidad, al ser un procedimiento de excepción, se limita el ámbito de aplicación de las Directivas.
- r) Los criterios de adjudicación deberán respetar los principios de la contratación pública y garantizar la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva para poder determinarse la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora. Esos criterios estarán vinculados al objeto de la concesión y conferirán al poder adjudicador o la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, no siendo admisibles los criterios relativos a la capacidad de la empresa o su experiencia. El artículo 150 TRLCSP recoge estas previsiones y en consecuencia su aplicación directa no deberá presentar mayores dificultades.
- s) El nuevo régimen de modificación de los contratos es de aplicación directa y presenta uno de los efectos prácticos de mayor relevancia. El nuevo régimen parece ampliar la posibilidad de modificación y este hecho plantea problemas interpretativos que, como se advierte en el considerando 107 de la Directiva, deberán resolverse de conformidad con la doctrina del TJUE⁵⁶. No obstante, una

⁵⁶ Consúltense a GIMENO FELIU, J.M., “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro colectivo *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp.83-140; GALLEGO CORCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de

de las medidas más importantes del nuevo régimen de modificación es la obligación de publicar las modificaciones contractuales con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego, toda vez que una modificación ilegal se entiende que es una nueva adjudicación⁵⁷, y en consecuencia esa nueva adjudicación forma parte del objeto de recurso especial, puesto que en la práctica ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, en entredicho el principio de integridad. La finalidad de esta exigencia, que en España se aplica en Aragón y Navarra, es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales, así como posibilitar la eventual impugnación en caso de incumplirse los límites legales a tal potestad de modificación por quienes estuvieran legitimados, teniendo especial legitimación para ello los licitadores no seleccionados. Finalmente destacar que, aunque algunos aspectos de la Directiva de contratación pública sobre modificación de los contratos, resultan claros, precisos e incondicionados, dado que no es posible el efecto vertical descendente no podrán ser invocados por los poderes adjudicadores en tanto no se produzca el acto de transposición formal⁵⁸.

- t) Los supuestos de rescisión de los contratos contemplados y estos se refieren a los casos de modificación sustancial, los supuestos de que el adjudicatario hubiese incurrido en prohibición de contratar al momento de la adjudicación o por la existencia de incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en el Tratado o en la directiva, declarada por el TJUE.

Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167 y VAZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015, pp. 65-89.

⁵⁷ STJUE de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GMBH y Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, apartado 34.

⁵⁸ Se considera que tiene efecto directo el apartado 72.1.a) que señala que los modificados previstos no pueden “*alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco*”, al ser claro preciso e incondicionado y no estar contemplado específicamente en el artículo 106 del TRLCSP, aunque es un criterio ya consolidado en la jurisprudencia europea. Además, en el caso del apartado c) del artículo 72, se permite la modificación no prevista en los pliegos cuando se cumplan las tres condiciones que enumera, entre ellas que la modificación obedezca a “*circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever*”. Esta última mención no aparece en el artículo 107 del TRLCSP, pero siendo suficientemente clara, precisa e incondicionada goza de efecto directo.

- u) El ámbito de aplicación de la Directiva de “recursos”, que se extiende al contrato de concesión de servicios y será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial. Igualmente, la ampliación del ámbito del recurso especial implica que deja de ser un recurso precontractual, debiendo considerarse contractual, incluyendo todas las cuestiones de los contratos, especialmente a los supuestos relativos a modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión/resolución, en los términos regulados por las Directivas.

En consecuencia, en tanto no haya transposición efectiva habrá que aplicar el efecto directo de las Directivas. Igualmente, todas estas previsiones obligan a la “relectura” del todavía vigente TRLCSP, que deberá ser aplicado sin perder de vista las previsiones directas de la Directiva, que serán parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los Tribunales administrativos y la jurisdicción, ya que en virtud del conocido principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea y de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, si la norma nacional si contraviene la normativa europea es la obligada aplicación ésta última.

Evidentemente, el efecto directo se aplicará en contratos sujetos a regulación armonizada, aunque, de conformidad con la doctrina TJUE y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006), también debe servir de referencia en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública.

2. Una aproximación a la futura Ley de Contratos del Sector Público: las principales novedades del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Como bien se apunta en el Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, si bien el principal motivo de la modificación de la LCSP es transponer las Directivas de cuarta generación en materia de contratación pública, no es el único. Teniendo como punto de partida dicha transposición, se trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se

consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos, y, por supuesto, a través de la prestación de mejores servicios a los usuarios de los mismos. Así mismo el nuevo sistema legal de contratación pública pretende lograr una mayor seguridad jurídica y conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. En suma, todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos del anteproyecto, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad⁵⁹.

Las principales novedades que presenta el Proyecto de la LCSP se han introducido a lo largo de todo su articulado, quedando a salvo, sin presentar excesivas reformas, el régimen jurídico específico correspondiente al contrato de obras, al de suministro y al contrato de servicios.

Pues bien, una de las principales novedades afecta a su ámbito de aplicación, ampliándose el ámbito subjetivo con el objetivo de aplicar estas normas a entidades no sujetas. De este modo, se han incluido los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos siempre que se financien mayoritariamente con fondos públicos, lo que les obligará en determinados supuestos a adjudicar sus contratos siguiendo un procedimiento público y transparente. Por otra parte, se ha adaptado la tipología de las entidades incluidas dentro del ámbito subjetivo a la establecida en la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, Ley 40/2015 de 1 de octubre. En el ámbito objetivo de aplicación, se han estructurado de forma más definida los contratos y negocios jurídicos no incluidos en la legislación contractual, aclarándose algunos supuestos, como los contratos patrimoniales y añadiéndose algún caso nuevo, como los contratos que tengan por objeto la realización de campañas políticas, que no seguirán las normas de esta Ley. Se incluyen en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y

⁵⁹ Referencia del Consejo de Ministros, Madrid, 25 de noviembre de 2016 en <http://www.lamoncloa.gob.es>

desarrollo. Así, se impone al órgano de contratación la obligación de introducirlas, pero se le deja libertad para que pueda decidir si las incluye en cada contrato en concreto como criterio de adjudicación o como condición especial de ejecución. En ambos casos, su introducción debe estar supeditada a que se relacionen con el objeto del contrato a celebrar.

En el ámbito medioambiental, se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras, como condición de solvencia técnica, esto es, para acreditar la experiencia o el “buen hacer” de esa empresa en el ámbito de la protección del Medio Ambiente. Respecto de los temas sociales, en el ámbito de la discapacidad, se recoge como causa de prohibición de contratar con las entidades del sector público el no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de los empleados de las empresas de 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad, cuestión ya adelantada mediante la modificación del hasta ahora vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público.

En el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación, el cual se ha previsto expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores, para su posterior adquisición por la Administración. Se trata, por tanto, de supuestos en que las soluciones disponibles en el mercado no satisfagan las necesidades del órgano de contratación. En relación con este nuevo procedimiento, la nueva Directiva perfila un proceso en el que tras una convocatoria de licitación, cualquier empresario puede formular una solicitud de participación, tras lo cual, los candidatos que resulten seleccionados podrán formular ofertas, convirtiéndose así en licitadores, en el marco de un proceso de negociación. Éste podrá desarrollarse en fases sucesivas, y culminará con la creación de la asociación para la innovación. Previa selección de los candidatos, en la primera fase se contrata el desarrollo de los proyectos de I+D, que dispondrán de la correspondiente financiación y, finalmente, se analizan los resultados alcanzados y se adjudica el contrato de adquisición del bien o servicio a una o

varias de las empresas de acuerdo con los criterios objetivos previstos en el pliego⁶⁰. Se trata, por tanto, de un procedimiento en el que podrían distinguirse, esquemáticamente, cuatro momentos diferenciados: selección de candidatos, negociación con los licitadores, la asociación con los socios, y la adquisición del producto resultante.

Se establece una previsión de que los órganos de contratación están obligados a tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude y la corrupción, y a prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses que puedan surgir en un contrato público. Además de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos.

Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía. Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato⁶¹.

Igualmente, debe añadirse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad, así como la regulación del Registro de Contratos del Sector Público, en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

⁶⁰ GIMENO FELIU, J.M., “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60

⁶¹ GIMENO FELIU, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, *ob. cit.*, p. 20 y ss.

Con el objetivo de conseguir una simplificación y reducción de las cargas administrativas, se mantiene el uso de la declaración responsable, pero se amplía el espectro de casos en los que se utiliza y se regula pormenorizadamente su contenido según lo establecido en la nueva Directiva de Contratación y de forma coherente, como ya se ha señalado, con el formulario del Documento europeo único de contratación aprobado por la Comisión Europea.

Junto a todo lo anteriormente señalado, debe necesariamente aludirse a la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario. Se pretende reducir las cargas administrativas y agilizar los procedimientos de contratación pública, reduciendo en general los plazos de tramitación y apostando decididamente por la utilización de medios electrónicos, informáticos y tecnológicos.

Como medidas para aumentar la competencia y permitir un mayor acceso de las PYMES, se incluyen en este texto legal las medidas que ya aparecían dentro de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con lo que pasan a estar comprendidas dentro de su ámbito natural de aplicación. Queremos destacar como medida novedosa la posibilidad de que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más riguroso que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de contribuir a que las PYMES con las que subcontrate el adjudicatario cobren sus servicios en plazo, además de evitar el alto porcentaje de morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Así mismo encontramos como medidas de apoyo a las PYMES todas las medidas de simplificación del procedimiento y reducción de cargas administrativas, introducidas con el objetivo de dar un decidido impulso a las empresas. Como medidas más específicas, se incentiva que los contratos se dividan en lotes. Hasta ahora, la normativa vigente exigía que se motivara la existencia de diversos lotes en un contrato. A partir de

la nueva Ley, el principio será el contrario y se deberá justificar como excepcional el hecho de que no exista división de los contratos en lotes. Este hecho facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas. Debe recordarse que la política de fomento de la contratación pública con pequeñas y medianas empresas impregna las nuevas Directivas de contratación pública, ya desde sus primeros Considerandos y que se traslada al ordenamiento jurídico español mediante el presente el nuevo texto legal.

Se restringe la utilización de los llamados "medios propios"⁶² y aumentan las exigencias para garantizar que la utilización de estos medios propios está justificada y no atenta al principio de libre competencia.

Otra importante novedad es la regulación del Libro III relativo a los contratos de poderes adjudicadores, no Administración Pública, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores. Se suprime la obligación de aprobar Instrucciones de Contratación (uniformización de reglas jurídicas).

Por último, no pueden dejar de mencionarse por una parte las medidas para mejorar la supervisión y la cooperación con otras Administraciones territoriales, para lo que se crea, en el seno de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, un Comité de Cooperación con participación de Comunidades Autónomas y de la FEMP, y por otra, las medidas incorporadas en el anteproyecto en materia de defensa de la competencia, pretendiendo que se produzca un avance significativo en este ámbito. Así, por ejemplo, se contempla la obligación de poner a disposición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una mayor información en materia de contratación pública remitiéndose a la misma copia del informe de supervisión que en la materia ha de enviarse cada tres años a la Comisión Europea).

Especialmente destacable resulta, además, la regulación que realiza el artículo 148.1 del anteproyecto al prever que las mesas de contratación puedan trasladar, con carácter previo a la adjudicación del contrato, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente,

⁶² Se trata de entidades creadas por una Administración o poder adjudicador para la realización de determinadas actividades sin someterse a un procedimiento de contratación.

indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación. El procedimiento a través del cual se pronunciarán aquéllas será sumarisimo y definido reglamentariamente⁶³.

De todo lo expuesto, la nueva regulación, a pesar de resultar muy extensa y con algunos problemas formales, parece que no será en una mera carta de intenciones y según podemos apreciar, incorporará importantes novedades. Por ello, es primordial su aprobación y entrada en vigor a la mayor brevedad posible.

3. La modificación de los contratos del sector público en el Anteproyecto y el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

Como ya hemos mencionado, con la aprobación de la Directiva 2014/24/UE se incorpora por primera vez en el Derecho europeo una regulación específica sobre la modificación de los contratos durante su vigencia. Este hecho ha impulsado nuevos cambios en el régimen de modificación de los contratos, el cual ya había sufrido una importante reforma con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, acomodando la regulación vigente a las directrices provenientes de la Unión Europea. Ahora es momento de incorporar a nuestro ordenamiento nuevos cambios que permitan adaptar la legislación en materia de contratos públicos al nuevo Derecho europeo de contratación pública. Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, el legislador español ha iniciado una nueva reforma del régimen de modificación de los contratos públicos.

El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España y una vez emitidos los preceptivos Informes del Consejo General del Poder Judicial de 11 de junio de 2015; del Consejo Económico y Social de 25 de junio de 2015; del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015; de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 16 de julio de 2015; de la Federación Española de Municipios y Provincias de 12 de mayo y 16 de julio de 2015 y de la Comisión Nacional de Administración Local de 13 de

⁶³ Exposición Motivos del Proyecto de Ley Contratos del Sector Público presentado el 25 de noviembre de 2016.

julio de 2015, el Consejo de Estado ha aprobado el Dictamen de 10 de marzo de 2016⁶⁴, que emite con carácter preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2

⁶⁴ Las observaciones de este extenso Dictamen se concretan, como indica el propio Consejo de Estado, en:

- 1.- La disciplina de los convenios interadministrativos resulta excesivamente rígida e imposibilita su utilización como instrumento ordinario de colaboración entre las Administraciones públicas.
- 2.- La configuración de los contratos de servicios y de concesión de servicios y la su- presión del contrato de gestión de servicios públicos –quedando embebido en el segundo de los citados no asegura un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general.
- 3.- El mantenimiento –y extensión en algunos casos- de la regla de que los contratos se perfeccionan por su formalización y no por el mero consentimiento no está justificado en el expediente y suscita dificultades que el anteproyecto no resuelve de manera satisfactoria.
- 4.- El sistema de reparto de competencias jurisdiccionales previsto en el artículo 27 del anteproyecto no solventa las dificultades apreciadas en la práctica desde 2007, siendo aconsejable la vuelta al tradicional que encomienda a la jurisdicción contencioso- administrativa el conocimiento de los actos sujetos al derecho administrativo y a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de los sujetos al derecho privado.
- 5.- El recurso especial en materia de contratación debería tener carácter potestativo y extenderse a los contratos no sujetos a regulación armonizada en todo caso y como mínimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores, determinándose legalmente los contratos cuyos actos son impugnables a través de este instrumento.
- 6.- El régimen singular de presentación del recurso especial –derogando el sistema ordinario establecido en la legislación de procedimiento administrativo- constituye un obstáculo injustificado y gravoso para los administrados.
- 7.- Es preciso perfilar determinados aspectos de la regulación de las consultas preliminares a la contratación a fin de evitar situaciones que distorsionen la igualdad y competencia de los licitadores en el proceso de selección del contratista.
- 8.- Es preciso reforzar el sistema de garantías que aseguren el efectivo cumplimiento de las responsabilidades del contratista saliente en los casos de subrogación legal de trabajadores.
- 9.- Resulta necesario completar la regulación atinente al denominado diálogo competitivo.
- 10.- La extensión de las prerrogativas reconocidas a favor de la Administración en relación con los contratos administrativos a los contratos privados, aun cuando estén sujetos a regulación armonizada, carece de fundamento jurídico.
- 11.- Se considera conveniente introducir en el anteproyecto una previsión que fije el plazo máximo de tramitación de los procedimientos de resolución de los contratos en un año.
- 12.- Resulta conveniente reconsiderar el sistema legal previsto de indemnización de daños causados a terceros por los contratistas en los términos indicados en el cuerpo del dictamen.
- 13.- La regulación proyectada de los acuerdos marco debería ser completada.
- 14.- Deberían introducirse en el anteproyecto los mecanismos precisos para asegurar la corrección de los proyectos de obras elaborados y la efectividad de las labores de supervisión y articular un sistema de exigencia de responsabilidades y sancionador adecuado.
- 15.- Es preciso articular una solución cierta en relación con el procedimiento a seguir en el caso de las reclamaciones por daños causados por los establecimientos y facultativos médicos formuladas por los beneficiarios de los conciertos sanitarios del mutualismo administrativo, evitando su deambular por las jurisdicciones civil y contencioso- administrativa como hasta la fecha.

de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que previene que el Pleno de este Cuerpo Consultivo debe ser consultado en el caso de “*anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo*”. La emisión del Dictamen y la formación del nuevo Gobierno ha permitido, como ya hemos manifestado anteriormente, su aprobación como Proyectos de ley y el inicio de la tramitación parlamentaria de los mismos.

Ahora bien, la pretensión de este último punto, es analizar el régimen de modificación de los contratos públicos en el Anteproyecto y el Proyecto de la nueva Ley de Contratos de Sector Público. Para ello vamos a realizar una comparativa de los preceptos contenidos en ambos textos y determinar de este modo si el Estado español ha cumplido con las exigencias de la Unión Europea a la hora de transponer las nuevas Directivas de contratación público, en lo que respecta esta materia.

Tanto el anteproyecto, como el proyecto de la nueva Ley, se refieren a la modificación de los contratos en los artículos 201 a 205. Como punto de partida, señalar que dicha regulación es parcial pues solo contempla las alteraciones objetivas del vínculo convencional, toda vez que la cuestión relativa a la sustitución del adjudicatario no está contemplada en los citados artículos 201 y siguientes. El Dictamen emitido por el Consejo de Estado en fecha 10 de marzo de 2016, subrayó que procedía introducirse la correspondiente regulación sobre la sustitución del adjudicatario⁶⁵. A pesar de ello este apunte fue tomado en consideración y en consecuencia no fue introducido en el Proyecto de ley.

En cuanto a su ámbito de aplicación, esta regulación como bien indica el Dictamen, afecta en primer lugar a los contratos administrativos. No obstante, en virtud del artículo 26 del anteproyecto, también se someterán a tales previsiones tanto los contratos privados de la Administración dedicados a servicios financieros, a la creación e interpretación artística y literaria o los espectáculos, y a la suscripción a revistas, publicaciones periódicas o bases de datos, como los contratos privados celebrados por los poderes adjudicadores distintos de las Administraciones públicas, en todos estos casos siempre que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada. Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación

⁶⁵ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016.

contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Según el Dictamen, esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen. Sin embargo, en nuestra opinión, acotar la aplicación del nuevo régimen de modificación de los contratos, a pesar de ser conforme a la normativa europea, debería incluir todos los contratos celebrados dentro del sector público, puesto que es al ámbito donde más florecen las redes clientelares y las prácticas corruptas. En la misma línea se posiciona el muy reciente documento de estudio publicado el pasado día 30 de enero de 2017 en la página del Observatorio de Contratación Pública, consistente en una Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016). El documento entre sus propuestas y mejoras, precisamente pone de manifiesto que la posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública –frente a la actual situación que obliga con indiferencia del importe – aventura una nueva etapa de descontrol en los sobrecostos y, también, un incentivo a crear entes instrumentales para alejarse del control y reglas públicas. La decisión del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de “facilitar” la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos- supone un claro “retroceso” en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. Por ello, debería ser objeto de replanteamiento, optando por las mismas reglas y régimen de control para cualquier tipo de modificación contractual, pues lo que está en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración⁶⁶.

⁶⁶ Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016) elaborada por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública: José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández, publicada en <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-1671-Documentacion-Novedades-normativas--Propuesta-de-modificaciones-y-mejora-al-Proyecto-de-Ley-de-Contratos-del-Sector-Publico.aspx>

En cuanto al contenido, el artículo 201 del anteproyecto prevé la posibilidad de modificar los contratos únicamente por razones de interés público y de acuerdo el procedimiento establecido legalmente para ello. En este sentido, en el Dictamen hace un breve apunte y entiende que además de resultar aplicables las previsiones procedimentales que rigen para el ejercicio de las prerrogativas de la Administración, en el caso de la modificación contractual también habrán de ser consideradas las particularidades que en el orden formal enuncia el artículo 205. Por ello, el artículo 201.1 queda modificado y en su nueva redacción en el Proyecto de Ley incluye los siguientes atributos “(...) *con las particularidades previstas en el artículo 205*”. De igual modo, en plano procedimental se llama la atención sobre la necesidad de ser preceptivo el dictamen del Consejo de Estado en virtud del artículo 189 citado, en los casos de modificación del contrato, “*cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido*”. Este hecho implica de alguna manera el retorno al régimen tradicional en nuestro Derecho (en línea con la redacción original de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y la legislación anterior), en el que el límite del 20% tiene una doble virtualidad: marca el umbral a partir del cual la reforma es potestativa para el contratista y deviene preceptiva la intervención de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

Así mismo, tanto el anteproyecto, como el proyecto, mantienen la dicotomía entre modificaciones previstas (artículo 202) y no previstas (artículo 203) en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En efecto, a pesar de conservar ciertas similitudes con el régimen de modificación previsto en el TRLCSP, consideramos que se opta por una redacción más simple.

El artículo 202 regula las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En comparación con la actual regulación contenida en el art. 106 LCSP, apreciamos cambios que se introducen en concordancia con el art. 72 de la Directiva 2014/24/UE. Se incorpora la locución “*con independencia del porcentaje del precio final que represente la modificación*” en alusión a que todas las modificaciones previstas expresamente en los pliegos, indistintamente de su valor pecuniario, deberán cumplir con los requisitos de forma y contenido exigidos. A estos requisitos nos referimos con anterioridad y recordemos que consisten en formular de forma clara, precisa e

inequívoca las cláusulas de modificación, precisar con detalle suficiente su alcance, límites y naturaleza, así como las condiciones en las que podrá hacerse uso de las mismas y el procedimiento a seguir para realizar la modificación. No obstante, la redacción de este apartado sufre variaciones y se incorpora al proyecto de Ley otro requisito más junto a los mencionados anteriormente. Concretamente se determina la obligatoriedad de que la cláusula de modificación no permita que la modificación pueda implicar el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato. Esta limitación, junto al resto de requisitos, pretenden facilitar el acceso de los candidatos a la contratación pública en igualdad de condiciones, así como dar cumplimiento a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación, con la finalidad de paliar la corrupción en este ámbito.

Igualmente, en relación a la formulación y contenido de las cláusulas de modificación previstas en los pliegos, el art. 202.1 establece que deberá permitir, por una parte, que los candidatos y licitadores comprendan su alcance e interpretarlas de la misma forma, y por otra, que el órgano de contratación pueda comprobar el cumplimiento de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos. Se trata de otro de los cambios introducidos en este punto en cumplimiento del principio de transparencia. Sobre su alcance e interpretación, hemos visto como el TJUE tuvo la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones.

Para terminar, el art. 202.2, incorpora lo dispuesto en el 72.1 a) de la Directiva 2014/24/UE, y dispone que los órganos de contratación no podrán en ningún caso prever en los pliegos modificaciones que alteren la naturaleza global del contrato. La naturaleza global del contrato queda alterada cuando se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.

El artículo 203 regula las modificaciones admitidas no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajustan a lo previsto en el artículo 202. Son modificaciones que conllevan un régimen jurídico estricto y encuentran cobertura tres de los supuestos recogidos en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE: las obras, suministros o servicios adicionales; la reforma contractual por circunstancias imprevistas; y las modificaciones no sustanciales.

Se trata de tres supuestos, cada uno con sus correspondientes condiciones, y justificarán *eventualmente* una modificación no prevista. Tal y como interpretamos de la lectura literal del precepto, no siempre que estos supuestos se produzcan la modificación no prevista está justificada.

El primero de ellos hace referencia al supuesto en el que sea necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales y será admitido siempre y cuando, sustituir al contratista inicial implique para el órgano de contratación adquirir obras, servicios o suministros con características diferentes a las inicialmente contratadas y que el cambio de contratista genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de los costes. El valor de la modificación del contrato no podrá superar el 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Es importante destacar que este supuesto sustituye al más conocido en nuestro ordenamiento de las obras, suministros y servicios complementarios (artículos 171.b), 173.c) y 174.b) del TRLCSP, respectivamente), que se caracteriza por permitir su adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad a favor del contratista original, siempre que concurren determinadas circunstancias: que no pudiera haberse previsto su necesidad por un poder adjudicador diligente, que la ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para este o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, y que la prestación no pueda separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación. Como es de imaginar, este hecho ha favorecido el desarrollo de prácticas deshonestas en más de una ocasión.

En comparación con la actual regulación, entendemos que este supuesto se ha redactado para los casos en los cuales sea necesario realizar obras, suministros o servicios adicionales, pero adjudicar estas prestaciones a otro contratista es perjudicial para el órgano de contratación, y en consecuencia para los intereses públicos que éste representa. Por tanto, se beneficia nuevamente al contratista inicial con la modificación del contrato, y en consecuencia deberá exigirse una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con el fin de evitar que las redes clientelares y los favoritismos desfavorezcan los fines perseguidos por la nueva normativa europea sobre contratación pública.

En relación al supuesto habilitante para este tipo de reforma contractual, el artículo 72.1.b) de la Directiva exige que cambiar de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. Como acertadamente señala en Consejo de Estado en su Dictamen, de acuerdo con la literalidad de la Directiva, ambas condiciones han de concurrir de forma acumulativa, es decir, para que pueda prosperar la modificación, la sustitución del contratista ha de suponer el reemplazo de las prestaciones originales –por no ser factible su continuación por un operador económico distinto del adjudicatario primigenio- y ello entrañar a su vez graves inconvenientes o elevados costes para el poder adjudicador⁶⁷.

Ahora bien, el artículo 203.2.a) 1º del anteproyecto configura el supuesto habilitante en los siguientes términos:

*“Que el cambio de contratista **o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista**”.*

Se aprecia que las condiciones en las que, según el anteproyecto, sería factible la modificación contractual para la incorporación de prestaciones adicionales, en lugar de ser acumulativas, son alternativas, toda vez que basta con que se produzcan, bien dificultades de tipo económico o técnico como consecuencia de la sustitución del contratista, bien inconvenientes significativos o incremento sustancial de costes, para que la reforma pueda seguir adelante.

En este sentido, el Dictamen de 6 de marzo de 2016, subraya que la utilización de una formulación disyuntiva, en vez de un nexo copulativo, introduce en el anteproyecto

⁶⁷ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016.

una laxitud contraria al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE y en consecuencia señala que procede reformular el artículo 203.2.a). 1º del anteproyecto para que la incorporación de prestaciones adicionales a los contratos administrativos exija simultáneamente los dos presupuestos contemplados en el precepto citado de la directiva comunitaria. En efecto, siguiendo las instrucciones del Dictamen, el proyecto de la nueva Ley incorpora una nueva redacción de dicho apartado:

*“Que el cambio de contratista **no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo** que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; **y, así mismo, que el cambio de contratista** generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación”.*

Tras su lectura podemos observar como la formulación alternativa del anteproyecto es sustituida por una redacción acumulativa, concordante con la contenida en el artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE, incorporándose la misma en el proyecto de Ley con la intención de restringir las posibilidades de modificación que planteaba en un primer momento el anteproyecto. Además, concreta las razones por las cuales no fuese posible el cambio del contratista, siendo estas de tipo económico y técnico. Este hecho permite delimitar todavía más los casos en los que pudiera darse una modificación contractual, con el fin de evitar prácticas comerciales deshonestas.

El segundo supuesto recoge las modificaciones que se derivan de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación. Estas modificaciones serán justificadas siempre y cuando la Administración actuando de manera diligente no haya podido prever las circunstancias que han provocado la necesidad de modificación y que la naturaleza global del contrato no se vea alterada. Como bien indica el propio precepto, para que operen dichas circunstancias, se requiere una actuación diligente por parte de la Administración, no siendo suficiente la mera imprevisión.

Al igual que en el anterior supuesto, el valor de la modificación del contrato alcance el 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido. Del anteproyecto al proyecto de Ley dicho límite porcentual se no sufre variación alguna. No obstante, en relación a

este aspecto consideramos importante hacer un último apunte sobre el tipo porcentual limitativo de la modificación del contrato, pudiendo apreciarse un endurecimiento de las condiciones para la modificación de los contratos.

El artículo 72.1.b) y c) de la Directiva 2014/24/UE fija en el 50% del valor del contrato el límite tanto para las modificaciones consistentes en obras, servicios o suministros adicionales como para las fundadas en circunstancias imprevistas, señalando que, de tratarse de modificaciones sucesivas, dicho límite se aplicará al valor de cada una de ellas, siempre que con ello no se pretenda eludir las disposiciones europeas. En cambio, en ambos supuestos el artículo 203.2.a) y b) impide que la modificación contractual implique una alteración en su cuantía que exceda, *“aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo”*, del 50% del precio inicial.

Ciertamente, y como bien apunta el Consejo de Estado en su Dictamen, la norma en tramitación es más restrictiva respecto de la directiva comunitaria, en la medida en que, por ejemplo, ante una primera modificación por circunstancias imprevistas del 45% del precio inicial, a la que siguiera la aparición de otro hecho completamente distinto que no se hubiera podido prever por una Administración diligente y que exigiera una segunda modificación del 10%, la disposición europea la admitiría, pero quedaría frustrada por la nacional, al superarse, conjuntamente, el límite del 50%.

Finalmente, el tercer supuesto contiene aquellas modificaciones que no son sustanciales y cuya necesidad tendrá que justificarse, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

La modificación de un contrato se considerará sustancial cuando, a consecuencia de la misma, surja un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado inicialmente, teniendo que cumplir además con una serie de requisitos:

- introducir condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores a parte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta diferente de la inicialmente seleccionada.
- alterar el equilibrio económico a favor del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

- ampliar de forma importante el ámbito del contrato. Se amplía de forma importante el ámbito del contrato cuando la cuantía excede, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial, IVA excluido, en el caso del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, en los demás contratos.

De igual modo, en lo que se refiere a las modificaciones no sustanciales las posibilidades de reforma también son más reducidas en el anteproyecto. El artículo 72. 1 de la Directiva de referencia distingue dos etapas:

- en una primera, por el valor limitado de la modificación (inferior a dos umbrales, los generales de la contratación sujeta a armonización y los porcentuales en función del tipo de contrato -10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros o el 15% en el caso de los contratos de obras) la modificación es factible sin necesidad de una evaluación de los demás criterios;
- en una segunda, superado cualquiera de los umbrales indicados, sí es precisa dicha evaluación, con vistas a emitir un juicio acerca de si la modificación es o no sustancial, siendo posible la reforma únicamente en caso negativo.

Por su parte, el anteproyecto al abordar esta cuestión regula en el artículo 203.2 c) las modificaciones no sustanciales, señalando que la modificación será sustancial y, por ende, inviable sin nueva licitación, cuando concurra alguna de las circunstancias que enumeramos anteriormente, entre ellas: *“Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos”*.

Aunque el nuevo régimen de modificación de los contratos públicos plantea unos límites porcentuales mayores que el vigente TRLCSP, a diferencia de la Directiva, donde se fija un umbral *de minimis*, por debajo del cual se acepta la introducción de cambios en los contratos durante su vigencia sin otra consideración⁶⁸, el anteproyecto se transforma

⁶⁸ La redacción del artículo 72.1 de la Directiva 2014/24/UE sigue las estipulaciones del considerando centésimo séptimo el cual establece que: “En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en

en un límite porcentual máximo, pues por encima la modificación sí será sustancial e inadmisible por este concreto cauce.

Pues bien, a juicio del Consejo de Estado, no resulta reprochable, en términos de oportunidad, el endurecimiento que el régimen proyectado supone en este ámbito. De un lado, porque la fijación de límites porcentuales que operen de forma tanto aislada como conjunta es tradicional en nuestro Derecho y evita un difícil juicio acerca de si las modificaciones sucesivas obedecen o no a una misma circunstancia o necesidad. De otro lado, porque la conversión de uno de los umbrales *de minimis* (el porcentual) en un límite máximo impide modificaciones contractuales por encima del mismo que no estén previstas en los pliegos ni respondan a necesidades adicionales o circunstancias imprevistas, a partir de una siempre comprometida valoración de si tales modificaciones tienen o no como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio⁶⁹.

Aunque discrepamos con dicha argumentación, bien es cierto que la modificación de los contratos públicos es una materia que reviste complejidad, puesto que a la hora de perfilar su regulación no resulta fácil encontrar un equilibrio entre la necesidad de controlar que las modificaciones que se produzcan no sean más de las estrictamente indispensables, evitando de esta forma abusos derivados de la voluntad de no resolver un contrato y acudir a un nuevo procedimiento de licitación. No debe obviarse que para las modificaciones que no que podrán enmarcarse en alguno de los supuestos habilitantes, tanto en el TRLCSP como en el proyecto de Ley, se prevé la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. Este hecho implica un retraso en la satisfacción del interés público a que responde el contrato firmado, no sólo por extinguir el pacto primigenio y tramitar una nueva licitación, sino que además genera importantes costes económicos al ganar el adjudicatario original el

el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva”.

⁶⁹ Dictamen Consejo de Estado núm. 1.116/2015, de 6 de marzo de 2016.

derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 225.5 del TRLCSP; artículo 211.4 del proyecto de Ley).

Por este motivo, a pesar de que la Directiva es un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios⁷⁰, cualquier endurecimiento de este régimen ha de articularse con la máxima cautela, en la medida en que supone limitar las posibilidades de reformas contractuales de que en otros países miembros sí dispondrán sus poderes adjudicadores. No obstante, recordemos que la relajación de las condiciones de la Directiva 2014/24/UE sí debe entenderse prohibida por el Derecho europeo.

En cuanto a la obligatoriedad de las modificaciones del contrato no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, el anteproyecto introduce como novedad un precepto dedicado a regular estos supuestos. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 204. 1, *“en los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda de 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido”*. De esta forma, son conceptuadas como obligatorias para el contratista las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que no superen el 20% del precio inicial. Dentro del mismo precepto se añade que, para los casos en los que el contratista no tenga obligación de soportar la modificación del contrato, se necesitará la conformidad por escrito del contratista para poder ser acordada por el órgano de contratación. Sin embargo, nada se dice en este apartado acerca de si están dotadas o no del mismo carácter de obligatoriedad las reformas que tengan su fundamento en el artículo 202, es decir, las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por este motivo, el Consejo de Estado puntualiza en su informe que esta cuestión deberá ser aclarada y ofrece como solución dotar también de carácter obligatorio a tales reformas, considerando, primero, que así se prevé en el ordenamiento vigente (artículo

⁷⁰ Véase el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

219.1 del TRLCSP) y, segundo, que, al estar contempladas en el pliego, las modificaciones fundadas en él no son desconocidas para el adjudicatario⁷¹.

Para finalizar, queremos destacar en relación al procedimiento de modificación de los contratos, que uno de los aspectos más relevantes y novedosos que introduce el anteproyecto, siguiendo la Directiva 2014/24/UE, es la obligación de los órganos de contratación de publicar el anuncio de modificación en el Diario Oficial de la Unión Europea de los contratos armonizados, cuando se trata de modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se realice por circunstancias sobrevenidas o para añadir obras, servicios o suministros adicionales, así como publicar en todo caso en el perfil del contratante el anuncio de modificación indistintamente de si el contrato está sujeto o no a regulación armonizada. Interpretamos, de la lectura del precepto, que la exigencia a los órganos de contratación de publicar en su perfil de contratante la modificación de los contratos, con independencia de si están o no sujetos a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, engloba todas las modalidades de modificaciones de contratos, sin distinción alguna, incluidas aquellas que son ilegales.

En efecto, este artículo también se traduce al proyecto de Ley sin mayores variaciones, aunque bien es cierto que se añaden algunos matices siguiendo las recomendaciones hechas por el Consejo de Estado en su dictamen. Por una parte, se añade la locución “*a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el Anexo IV*” con el fin de aclarar y concretar los contratos armonizados cuya modificación deberá publicarse en el DOUE. Por otra parte, se interpreta que la rúbrica del artículo 205 – “Procedimiento” – no resulta acertada, ya que su objetivo no es, en puridad, disciplinar el cauce procedimental para el ejercicio del *ius variandi*, sino introducir especialidades procedimentales dentro del cauce previsto con carácter general en el artículo 189 para el uso por la Administración de sus prerrogativas contractuales. Consecuentemente, esta rúbrica pasa a renombrarse para hablar ahora de “especialidades procedimentales”, en lugar del término “procedimiento”.

En definitiva, tras la comparativa realizada y dejando al margen las alteraciones subjetivas, en cuanto al régimen de modificación de los contratos, podemos afirmar que

⁷¹ Dictamen Consejo de Estado núm. 1.116/2015, de 6 de marzo de 2016.

el proyecto de Ley ofrecen un marco en el que prima la seguridad jurídica y reproduce el abanico de opciones que el Derecho europeo ofrece para modificar los contratos públicos sin necesidad de acudir a una nueva licitación, coincidiendo, en líneas generales, las condiciones requeridas para la operatividad de cada una de ellas con las enumeradas en el artículo 72 de la Directiva de referencia. Esta nueva regulación implica importantes cambios en comparación con el TRLCSP, donde encontramos hasta la fecha reguladas las modificaciones de los contratos del sector público.

V. CONCLUSIONES

Tras el desarrollo del presente trabajo, podemos sacar a la luz diversas conclusiones. La primera de ellas, es que la contratación pública desempeña un importante papel en el rendimiento económico global de la Unión Europea y por ello, es uno de los sectores que mayores reformas ha experimentado a lo largo de las últimas décadas. Con la aprobación de las nuevas Directivas de contratación pública se persigue incrementar la eficiencia del gasto público y permitir a los poderes adjudicadores y a los licitadores beneficiarse de contratos transparentes y competitivos. Para traducir a la realidad jurídica dichas pretensiones se opta por modernizar el sistema público de contratación, simplificando las normas para incrementar su eficiencia y eficacia, con el fin de lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

Sin embargo, para lograr dicho crecimiento, así como incrementar la eficiencia y eficacia del gasto público, no basta con la modernización y la simplificación de la normativa de contratación pública. Es necesario ir más allá y dar un paso decisivo hacia la profesionalización de la contratación pública⁷², toda vez que de poco sirve diseñar un sistema de contratación pública avanzado si no se dispone de las herramientas y los conocimientos adecuados para llevarlo a la práctica. La profesionalización que se propugna en el ámbito de la UE se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación ya que sólo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición pasiva y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos. En efecto, España también deberá dar un paso más en aras de promover las buenas prácticas de la contratación pública, creando estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación y ayuda para formar personal cualificado, cuya actividad se

⁷² Véase la Declaración de Cracovia, que recoge las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, en la cual se pone de manifiesto que para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación será necesario “*profesionalizar el sector público de la contratación pública a través de una mejor formación*”.

atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses, dotándole de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan.

El Estado español está dando sus primeros pasos en esta nueva era del reformado que ha comenzado con la modificación del marco normativo de la contratación pública. En la actualidad la nueva Ley de Contratos del Sector Público se encuentra en tramitación parlamentaria y aunque parecía en un primer momento que en esta ocasión se rompía con la habitual costumbre de transponer la normativa europea fuera de los plazos estipulados, España incumple nuevamente el plazo concedido por la Unión Europea para la transposición de las Directivas de contratación pública. Entre sus diversas e importantes reformas, encontramos el régimen de modificación de los contratos del sector públicos, en el cual se introducen una serie de cambios orientados hacia una contratación transparente, puesto que es donde más han proliferado la corrupción, el favoritismo y las redes clientelares.

Parece ser que la nueva regulación del régimen de modificación de los contratos públicos pretende superar algunas de las carencias de las que adolece, al introducir la obligación de los órganos de contratación de publicar las modificaciones contractuales. Ciertamente se trata de una de las novedades más destacables en la materia e implica un claro reflejo del principio de transparencia, reiterado por las nuevas Directivas como uno de los principios esenciales para cumplir con los objetivos propuestos. De este modo, se permitirá a los licitadores no seleccionados conocer los modificados que se vayan a producir, se garantiza un control más eficaz de los fondos públicos. No olvidemos que ésta ha sido una de las principales causas que ha motivado la aprobación las vigentes Directivas en materia de contratación pública.

Ahora bien, aunque pueda valorarse de manera positiva la introducción de este tipo de medidas, la norma proyectada es más restrictiva respecto de la directiva comunitaria. Es comprensible y totalmente compartida la actitud del legislador, sin embargo, es importante destacar que el nuevo régimen de modificación tal y como se proyecta, no por ser más restrictivo, estará menos viciado. Limitar en exceso las modificaciones contractuales podría implicar no sólo el aumento de los plazos, sino también de los costes de la contratación, hecho que perjudicaría la satisfacción del interés público, que en ocasiones podría verse frustrado. Por este motivo se considera conveniente una relajación de los límites porcentuales de la modificación de los contratos

y que los mismos se ajusten en su mayor medida a la normativa europea de contratación pública.

Evidentemente este hecho podría levantar ciertas “tentaciones” en un futuro, y precisamente por este motivo España deberá dar un paso decisivo hacia una contratación pública transparente, eficiente y competitiva, mediante la profesionalización este sector. Y cuando hablamos de profesionalización, precisamente nos referimos a todos y cada uno de aquellos agentes que participan en los procesos de licitación pública y cuya labor es satisfacer de la mejor manera posible el interés del conjunto de los ciudadanos. Aunando todo el esfuerzo y la profesionalidad sería posible regenerar el sistema de contratación pública y sentar las bases de un nuevo modelo que pase a caracterizarse por menos burocracia más eficiencia; menos corrupción más transparencia; menos discriminación más igualdad; menos redes clientelares más contratos competitivos y sobre todo mayor voluntad para cambiar las cosas y menor “zona de confort”. Pues como acertadamente manifiesta GIMENO FELIU⁷³, citando a uno de los científicos más brillantes del pasado siglo, *“no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo”* (Albert Einstein).

⁷³ GIMENO FELIU, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, *ob. cit.*, p.51.

VI. INDICE JURISPRUDENCIAL

STJUE, de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, *Van Gend en Loos*.

STJUE, de 4 de diciembre de 1974, asunto C- 41/71, *Van Duyn*.

STJUE, de 26 de febrero de 1975, asunto C-67/74, *Bonsignore*.

STJUE, de 28 de octubre de 1975, asunto C-36/75, *Rutilli*.

STJUE, de 8 de abril de 1976, asunto 48/75, *Royer*.

STJUE, de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, *Bouchereau*.

STJUE, de 7 de julio de 1976, asunto 118/75 *Watson y Belmann*.

STJUE, de 14 de julio de 1977, asunto 8/77, *Sagulo*.

STJUE, de 3 de julio de 1980, asunto 157/79, *Pieck*.

STJUE, de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, *Ursula Becker* contra *Finanzamt Munster-Innenstadt*.

STJUE, de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*.

STJUE, de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92, *Faccini Dorl*.

STJUE, de 24 de septiembre de 1998, asunto C-76/97, *Walter Tögel* contra *Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*.

STJUE, de 5 de octubre 2000, asunto C-337/1998, *Comisión de las Comunidades Europeas* contra *la República Francesa*.

STJUE de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99, *Comisión* contra *CAS Stucchi di Frutta*.

STJUE, de 18 de abril de 2007, asunto C-220/05, *Auroux*.

STJUE, de 21 de febrero de 2008, asunto C-412/04 *Comisión /República Italiana*.

STJUE, de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GMBH y Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*.

STJUE, de 13 de abril de 2010, asunto C-91/08, *Wall AG contra Municipio de Fráncfort del Meno y Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GMBH*.

STJUE, de 29 de abril de 2010, asunto C-160/08, *Comisión contra Alemania*.

STJUE de 6 de mayo de 2010, asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08, *Club Hotel Lautraki*.

STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, *recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo*.

STJUE, de 24 de enero de 2012, asunto C-282/10, *Domínguez*.

STJUE de 10 de mayo de 2012, asunto C-368/10, *Comisión/Reino de los Países Bajos*.

STJUE, de 11 de julio de 2013, asunto C-576/10, *Comisión Europea contra Países Bajos*.

STJUE, de 12 de diciembre 2013, asunto C-425/12, *Portgás*.

STG, de 19 de marzo de 2010, asunto T-50/2005, *Evropaïki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE contra Comisión Europe*.

STG de 31 de enero, asunto 2013 T-235/11.

STS de 30 de abril de 1977.

STS de 9 de octubre de 1995.

STS de 16 de abril de 1999.

STS de 31 de mayo de 1999, (recurso de casación 2132/1995).

STS de 10 de noviembre de 2008, (recurso de casación 5221/2006).

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, año 2008.

CANO CAMPOS, T. y BILBAO ALEXIADES, E., *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.

DIEZ CALZADA, J.R., “Comentarios al nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, 2011.

ESCRIHUELA MORALES, F.J., *Guía práctica de la Contratación del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2012.

FUENTES LOSADA, A., “La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible”, *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, núm. 2, La Ley, 2014.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, *Revista Contratación Administrativa práctica*, núm. 110, 2011.

- “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GIMENO FELIU, J.M., “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011.

- “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro colectivo *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013.

- *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Navarra, 2014.
- “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”.

GRIS GONZÁLEZ, J.C., “La modificación de los contratos del Sector Público”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 28, 2012.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J., “La tramitación de los futuros modificados de contratos del Sector Público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, 2011.

MORENO MOLINA, J. A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, 2014.

MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Estudio sistemático, La Ley, Madrid, 2007.

PUERTA SEGUIDO F., PUNZÓN MORALED A, J. y DOMÍNGUEZ ALONSO A.P., “La nueva regulación en la Directiva de la fase de ejecución de los contratos y la repercusión de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de contratos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2014.

SÁNCHEZ MORON, M. y coordinada por DEL OLMO ALONSO, J., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova-Universidad de Alcalá, Valladolid, 2011.

- *Public Procurement in the European Union and its member States*, Lex Nova-Universidad de Alcalá, Pamplona, 2012.

VAZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Navarra, 2015.

Documento de estudio aprobado en reunión de 1 de marzo de 2016 por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, publicado en la página web del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/>.

Documento de estudio “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016) elaborada por los siguientes miembros del Observatorio de Contratación Pública: José María Gimeno Feliú y José Antonio Moreno Molina (Directores); Carmen de Guerrero Manso; Rafael Fernández Acevedo; Isabel Gallego Córcoles; Ximena Lazo Vitoria; Teresa Moreo Marroig; Teresa Medina Arnáiz y Patricia Valcárcel Fernández, publicado en la página web de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, <http://www.aepda.es/>.

Informes y Circulares

Circular núm. 1/2011 de la Abogacía General del Estado, sobre el régimen de modificación de los Contratos del Sector Público.

Informe núm. 3/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, de 19 de abril, “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”.

Informe núm. 3/2015, de 27 de enero, “Contratos entre entidades del sector público. Aplicación del artículo 12 de la Directiva 2012/24/UE”.

Dictámenes

Dictamen Consejo de Estado núm. 1.116/2015, de 6 de marzo de 2016.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.598/2002, de 31 de octubre de 2002.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 4.350, de 6 de noviembre 1997

Dictamen del Consejo de Estado núm. 50.461, de 12 de noviembre de 1987.

Dictamen del Consejo de Estado, núm. 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

Dictamen del Consejo de Estado núm. 51.698, de 25 de febrero de 1998.

Enlaces de internet consultados

ARANZADI: [<http://www.aranzadidigital.es>]

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO:
[<http://www.aepda.es>.]

BOLETIN OFICIAL DE ESTADO: [<http://www.boe.es/>.]

COMISIÓN EUROPEA: [http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm]

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. TRIBUNAL SUPREMO:
[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo].

CONSEJO DE MINISTROS [<http://www.lamoncloa.gob.es>]

CONTRATO DE OBRAS: [<http://contratodeobras.com/>.]

DIALNET: [<http://dialnet.unirioja.es/>]

EUR LEX: [<http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=es>]

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA:
[<http://www.aragon.es/OrganosConsultivosGobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa>].

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: [<http://www.minhap.gob.es/es-ES/Paginas/Home.aspx>].

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES: [<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas>].

OBSERVATORIO CONTRATACIÓN PÚBLICA: [<http://www.obcp.es/>].

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: [<http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>]

UNIÓN EUROPEA: [<http://europa.eu/>]

WOLTERS KLUWER. LA LEY: [<http://www.wolterskluwer.es/nuestras-marcas/la-ley>]